

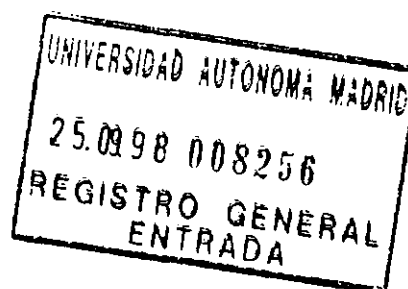
TESIS/99

T.D.

448

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

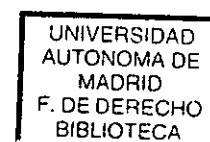


# **LAS SOCIEDADES PROFESIONALES**

TESIS DOCTORAL

X-54-218783-2

PD.107.171  
30 cm.



Presentada por  
Aurora Campíns Vargas,  
bajo la dirección de Cándido Paz-Ares  
Catedrático de Derecho Mercantil

Madrid 1998



# INDICE

## Páginas

ABREVIATURAS.....	10
§ 1. Introducción.....	13
I. PROPOSITO Y ORIENTACION DEL ESTUDIO.....	13
II. SISTEMA DE EXPOSICION. ....	14

## PARTE GENERAL

### CAPITULO PRIMERO

#### IDENTIFICACION DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ESTRICTO

§ 2. Tendencia a la "societarización" del ejercicio profesional.....	18
§ 3. Plasmación fenomenológica de las distintas formas de organización profesional: sociedades entre profesionales. ....	19
I. SOCIEDADES DE MEDIOS. ....	21
1. Agrupaciones de Interés Económico.....	30
2. Las Cooperativas de servicios.....	37
II. SOCIEDADES DE COMUNICACION RECIPROCA DE RESULTADOS. ....	39
III. SOCIEDADES DE INTERMEDIACION PROFESIONAL. ....	40
IV. EQUIPOS DE PROFESIONALES.....	48
V. CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACION.....	54
§ 4. La sociedad profesional en sentido estricto.....	59

## CAPITULO SEGUNDO

### VIABILIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL *STRICTO SENSU*

§ 5. Planteamiento. ....	61
§ 6. El problema de la personificación jurídica de las sociedades profesionales. ....	63
I. CARACTER PERSONALISIMO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL. ....	65
II. FALTA DE TITULACION Y COLEGIACION DE LAS SOCIEDADES. ....	71
III. INCOMPATIBILIDAD GENERAL DEL REGIMEN SOCIETARIO CON LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL. ....	80
IV. RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS PROFESIONALES (REMISION). ....	89
§ 7. Problemas relativos al substrato personal de las sociedades profesionales. ....	89
I. SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARES. ....	90
II. SOCIEDADES PROFESIONALES MIXTAS. ....	97
III. APTITUD DE LAS PERSONAS JURIDICAS PARA SER MIEMBRO DE UNA SOCIEDAD PROFESIONAL. ....	107
§ 8. Problema de fin lucrativo de las sociedades profesionales. ....	113
§ 9. Reconocimiento positivo de la viabilidad jurídica de las sociedades profesionales. ....	115

## CAPITULO TERCERO

### SOCIEDAD PROFESIONAL Y TIPOS LEGALES

§ 10. Planteamiento. ....	117
§ 11. El Derecho de sociedades como Derecho contractual. ....	118



<b>§ 12. Sociedades de personas y actividad profesional.....</b>	<b>125</b>
I. SOCIEDAD CIVIL.....	127
II. SOCIEDADES MERCANTILES DE PERSONAS.....	132
<b>§ 13. Sociedades Mercantiles de capital y actividad profesional.....</b>	<b>144</b>
I. PRELIMINAR.....	144
II. FLEXIBILIDAD ORGANIZATIVA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y ACTIVIDAD PROFESIONAL.....	145
III. COMPATIBILIDAD DE LA ESTRUCTURA DE CAPITAL CON LAS EXIGENCIAS DEONTOLOGICAS PROFESIONALES.....	150
IV. EL ARGUMENTO DE DERECHO COMPARADO.....	152
<b>§ 14. Tendencia generalizada a liberalizar la estructura de negocios de         los profesionales.....</b>	<b>156</b>

## CAPITULO CUARTO

### RACIONALIDAD ECONOMICA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

<b>§ 15. Planteamiento.....</b>	<b>159</b>
<b>§ 16. Economías de producción como explicación a la racionalidad         económica de las sociedades profesionales.....</b>	<b>160</b>
<b>§ 17. Economías de contratación como explicación a la racionalidad         económica de las sociedades profesionales.....</b>	<b>166</b>
I. LA SOCIEDAD PROFESIONAL COMO MECANISMO IDONEO PARA REDUCIR LOS COSTES DE AGENCIA EN LAS RELACIONES CON LOS CLIENTES.....	167
II. LA AVERSION AL RIESGO DE LOS PROFESIONALES COMO JUSTIFICACION DE LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD PROFESIONAL.....	185

## **§ 18. Racionalidad económica de los dos tipos societarios**

**fundamentales: sociedades de personas y sociedades de capital. .194**

I. EFICIENCIA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE RESPONSABILIDAD ILIMITADA.....	194
II.EFICIENCIA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CON RESPONSABILIDAD LIMITADA. ....	201
III. CONCLUSION.....	207

## **PARTE ESPECIAL**

### **PARTICULARIDADES MAS SIGNIFICATIVAS DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES**

#### **CAPITULO QUINTO**

#### **DENOMINACION SOCIAL Y REGIMEN DE APORTACION EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES**

<b>§ 19. Denominación social de las sociedades profesionales. ....</b>	<b>210</b>
I. PLANTEAMIENTO .....	210
II.DENOMINACION SUBJETIVA <i>VERSUS</i> DENOMINACION OBJETIVA.....	211
III. CONSERVACION EN LA RAZON SOCIAL DEL NOMBRE DE UN SOCIO QUE HA CAUSADO BAJA. ....	219
<b>§ 20. La aportación en las sociedades profesionales. Preliminar. ....</b>	<b>237</b>
<b>§ 21. Prestación de actividad en las sociedades profesionales. ....</b>	<b>238</b>
I. ARTICULACION JURIDICA DE LA PRESTACION DE ACTIVIDAD.....	238
II. MECANISMOS SOCIETARIOS PARA ENCAUZAR LA PRESTACION DE ACTIVIDAD DE LOS SOCIOS. ....	242

III. EL CONTENIDO O EXTENSION DE LA PRESTACION DE ACTIVIDAD: PROHIBICION DE COMPETENCIA.....	254
IV. LA PRESTACION DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL INSTRUMENTADA A TRAVES DE MECANISMOS NO SOCIETARIOS: LA RELACION LABORAL.....	272
V. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION QUE UNE A LOS "ASOCIADOS" CON LA SOCIEDAD PROFESIONAL. ....	281
<b>§ 22. Aportaciones atípicas de actividad. ....</b>	<b>287</b>
I. ABSTENCION DE COMPETENCIA COMO OBJETO DE APORTACION EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL.....	288
II. APORTACION DEL NOMBRE CIVIL DEL PROFESIONAL.....	295
1. <i>Introducción</i> .....	295
2. <i>Significado y régimen jurídico de la aportación del nombre</i> .....	296
3. <i>Aportabilidad del nombre a título único</i> .....	304
III. APORTACION DE CLIENTELA.....	309

## CAPITULO SEXTO

### PARTICIPACION DE LOS SOCIOS EN GANANCIAS Y PERDIDAS, Y PROMOCION EN LA CARRERA DEL SOCIO

<b>§ 23. Planteamiento .....</b>	<b>323</b>
<b>§ 24. Régimen legal de la participación de los socios en los resultados sociales.....</b>	<b>324</b>
I. ASPECTOS GENERALES DE LA DISTRIBUCION DE RESULTADOS Y SU CONCRETA APLICACION EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. ....	324
II. PROBLEMAS DE ADAPTACION DEL REGIMEN LEGAL DE DISTRIBUCION DE BENEFICIOS A LA REMUNERACION DE LA ACTIVIDAD DE LOS PROFESIONALES. ....	334
<b>§ 25. La regulación contractual o estatutaria.....</b>	<b>341</b>

I. MODELOS CONTRACTUALES PARA DETERMINAR EL REPARTO DE LOS BENEFICIOS.....	341
II. CRITERIOS PARA LA REMUNERACION DE LA ACTIVIDAD DE LOS SOCIOS.....	345
1. <i>Retribución igual para remunerar         la actividad de cada uno de los socios.....</i>	346
2. <i>Criterio de antigüedad: concepto, eficiencia,         y aplicación práctica.....</i>	349
3. <i>Sistema de productividad individual como criterio de reparto.         Concepto y eficiencia del mismo.....</i>	365
III. LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS. ....	373
<b>§ 26. Promoción en la carrera de los socios.....</b>	<b>381</b>

## CAPITULO SÉPTIMO

### LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL Y SUS SOCIOS

<b>§ 27. Introducción. Planteamiento del problema y orden expositivo.....</b>	<b>398</b>
<b>§ 28. El fundamento de la responsabilidad personal del profesional actuante cuando ejerce su actividad en sociedad. ....</b>	<b>401</b>
I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PROFESIONAL QUE ACTUA INDIVIDUALMENTE. ....	401
II. LA INSUFICIENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CUANDO SE EJERCITA LA ACTIVIDAD EN SOCIEDAD Y LA NECESIDAD DE ENCONTRAR UN NUEVO FUNDAMENTO.....	402
III. FUNDAMENTO DE LA CONSERVACION DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL PROFESIONAL QUE ACTUA EN SOCIEDAD.....	404

<b>§ 29. Construcciones jurídicas para justificar la responsabilidad</b>	
<b>personal del profesional actuante en sociedad. ....</b>	<b>408</b>
I. PLANTEAMIENTO. ....	408
II. FUNDAMENTO SOCIETARIO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL PROFESIONAL ACTUANTE. ....	410
III. LA EXISTENCIA DE UN "DOBLE CONTRATO" COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL ACTUANTE EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES. ....	418
IV. APLICACION ANALOGICA DE LAS REGLAS QUE REGULAN LA SUSTITUCION EN EL MANDATO. ....	420
V. ARTICULO 11.2 DE LA LEY DE AUDITORIA COMO REFLEJO POSITIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ACTUANTE INDEPENDIENTE.....	426
<b>§ 30. Régimen jurídico de la responsabilidad personal del profesional</b>	
<b>actuante. ....</b>	<b>428</b>
I. NATURALEZA JURIDICA, CONTENIDO Y REGLAS APLICABLES.....	428
II. POSIBILIDADES DE MODIFICACION DE SU REGIMEN DE RESPONSABILIDAD. ....	435
<b>§ 31. Responsabilidad de la Sociedad Profesional. ....</b>	<b>443</b>
<b>§ 32. Coordinación de ambas responsabilidades. ....</b>	<b>445</b>
<b>§ 33. Responsabilidad del resto de socios profesionales no actuantes</b>	
<b>por la actuación de uno de ellos. ....</b>	<b>453</b>

## **CAPITULO OCTAVO**

### **CAMBIOS EN LA COMPOSICION PERSONAL DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL. SEPARACION Y EXCLUSION DE SOCIOS**

<b>§ 34. Delimitación del objeto de nuestro estudio.....</b>	<b>459</b>
<b>§ 35. Reconocimiento de un derecho de separación en las sociedades profesionales. ....</b>	<b>462</b>
<b>§ 36. Exclusión en las sociedades profesionales: justificación de un tratamiento con carácter general cualquiera que sea el tipo social acogido por los profesionales. ....</b>	<b>469</b>
<b>§ 37. La liquidación parcial de la sociedad: la liquidación del socio separado o excluido. ....</b>	<b>479</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>525</b>
<b>ANEXO .....</b>	<b>575</b>

## ABREVIATURAS.

A.B.A.J.	American Bar Association Journal
AAMN	Anales de la Academia Matritense de los Registros y del Notariado
AC	Actualidad civil
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	Actas de derecho industrial
Am.Ec.Rev.	American Economic Review
Ar.	Repertorio Aranzadi de jurisprudencia
Arch.Ph.Dr.	Archives de Philosophie du droit
ASN	Academia Sevillana del Notariado
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
Colum.L.Rev.	Columbia Law Review
DB	Der Betrieb
Dir.fall.	Rivista di Diritto Fallimentare e delle società
Enc.Dir.	Enciclopedia del Diritto
Foro it.	Il Foro italiano
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
Giur.it.	Giurisprudenza italiana
Giust.civ.	Giustizia civile
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
H.P.E.	Hacienda pública española
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
ICE	Información Comercial Española
Int.Rev.L. & Econ.	International Review of Law & Economics
J.Acct. & Econ	Journal of Accounting and Economics
J.C.P.	Jurisclasser periodique. Edition Générale
J.C.P. Ed.Not.	Jurisclasser periodique. Edition Notariale
J.Econ.Behav. & Organization	Journal of Economic Behavior and Organization

J.Econ.Hist.	Journal of Economic History
J.Econ.Literature	Journal of Economic Literature
J.Fin.Econ.	Journal of Financial Economics
J.Law. & Econ.	Journal of Law and Economics
<i>J.Legal Stud.</i>	<i>Journal of Legal Studies</i>
J.Pol.Econ.	Journal of Political Economy
JB1	Juristische Blatter
JuS	Juristische Shulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
La Ley	Revista Jurídica La Ley
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Noviss.Dig.It.	Novissimo Digesto Italiano
Nuova giur.civ.comm.	La nuova giurisprudenza civile commentata
Quarterly J.Econ.	Quarterly Journal of Economics
RCDI.	Revista crítica de derecho inmobiliario
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rec.D.	Recueil Dalloz Sirey.
Rev.du prat.	Revue du Praticien
Rev.Soc.	Revue des sociétés.
Rev.Tr.Dr.Civ.	Revue Trimestrelle de Droit Civil
Rev.Tr.Dr.Soc.	Revue Trimestrelle de Droit Social
Rev.trim.de droit comm.	Revue Trimestrelle de Droit Commercial.
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de legislación y jurisprudencia
Riv.dir.civ	Rivista di Diritto Civile
Riv.dir.comm.	Rivista di Diritto Commerciale
Riv.Dir.Not.	Rivista di Diritto Notarile
Riv.dott.comm.	Rivista dei dottori commercialisti.
Riv.giur.lav.	Rivista giuridica del lavoro.
Riv.not.	Rivista del notariato.
Riv.Soc.	Rivista delle società.



Riv.Trim.dir. proc.civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
Stan.L.Rev.	Stanford Law Review
U.Chi.L.Rev.	University of Chicago Law Review.
Wash.L.Rev.	Washington Law Review.
Wash.U.Law. Quartely	Washington University Law Quartely
WPS	Law and Economics Working Paper Series
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens - und Gesellschaftsrecht.
ZHR	Zeitschrift für Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.



## § 1. Introducción

### I. PROPOSITO Y ORIENTACION DEL ESTUDIO.

1. El presente estudio tiene como objetivo llevar a cabo un análisis de las sociedades profesionales. Por tales, entendemos las sociedades externas cuyo objeto social es la prestación de servicios propios de las profesiones liberales a través de sus socios.

2. No parece necesario justificar la importancia económica y dogmática del tema. Los servicios profesionales constituyen un sector económico de fundamental y creciente importancia en las economías modernas, y su prestación por personas jurídicas, constituye actualmente un fenómeno cada vez más generalizado.

Lo que con la que el legislador se ha ocupado de ellas. En efecto, el ordenamiento español -y la situación se repite en los países de nuestro entorno- restringe, cuando no prohíbe, y, en el mejor de los casos, simplemente tolera, el ejercicio colectivo de numerosas profesiones. La consecuencia en el plano normativo, es fácil de deducir: carecemos de una *regulación societaria profesional sistemática y adaptada a las necesidades de los particulares*. La escasa actividad legislativa obliga a la dogmática a realizar un esfuerzo por construir, a partir del Derecho de Sociedades y de las normas que regulan -éstas sí, de forma mucho más detallada- las actividades profesionales, un régimen jurídico para las sociedades profesionales adaptadas a las necesidades de los particulares.

3. En esta tarea, nuestras propuestas vendrán orientadas por dos objetivos.

Por un lado, demostraremos la racionalidad económica, o eficiencia si se prefiere, de la prestación de servicios profesionales por sociedades. Por otro lado, nuestro objetivo es asegurar la racionalidad sistemática de la regulación de las sociedades profesionales, atendiendo a tal efecto tanto a los principios del Derecho de Sociedades, como a las propias regulaciones de los profesionales liberales. Adelantamos ya, que éstas actúan como límite -pero sólo como límite- a la prestación societaria de servicios profesionales, lo que significa, lógicamente que, en caso de conflicto, habrán de prevalecer sobre las primeras. Por lo demás, esta preocupación sistemática nos permitirá conjugar el riesgo de exacerbar diferencias entre el Derecho de las sociedades profesionales y el Derecho de sociedades en general.

Confiamos en que ambas perspectivas nos permitan proponer una construcción jurídica eficiente del fenómeno y régimen societario profesional.

## II. SISTEMA DE EXPOSICION.

Con la finalidad expuesta en el epígrafe anterior, hemos estructurado el trabajo en dos partes.

1. En la primera parte, que hemos llamado general, se exponen de modo sucinto aquéllos aspectos del régimen jurídico de las profesiones liberales que, a nuestro juicio, son de mayor interés para abordar los problemas societarios.

En este marco la primera tarea con que nos enfrentamos es la delimitación concreta del objeto de nuestro estudio. El tema reviste particular importancia debido a la rica y variada fenomenología que registra la praxis del

asociacionismo profesional. Nuestra labor consistirá en identificar las distintas manifestaciones típicas que se observan en este campo. A tal efecto, comenzamos analizando las que hemos dado en llamar sociedades entre profesionales, las cuales se caracterizan positivamente como organizaciones que permiten a los profesionales coordinar determinados aspectos de su actividad, y negativamente porque en ninguna de ellas el recurso a la forma societaria tiene por objeto que sea la organización creada la que preste los servicios profesionales a los clientes. Junto a ellas se sitúa la que va a constituir nuestro objeto de estudio: la sociedad profesional *stricto sensu*.

Una vez identificada, comprobaremos cómo en términos generales, la utilización de la sociedad profesional, y en concreto la utilización de cualquier tipo societario para el ejercicio de una profesión permite obtener importantes ventajas en términos de eficiencia económica. Constatada su eficacia, el paso inmediato consiste en despejar las graves incertidumbres que han venido acumulándose en torno a su licitud o regularidad al objeto de dar carta de naturaleza a la misma en nuestro ordenamiento. Esta labor ha de llevarse a cabo en dos tiempos. En primer lugar, examinando las objeciones que se fundan en las especiales características del trabajo y la prestación de servicios profesionales que, si resultaran aceptables, impedirían la existencia de cualquier tipo de sociedades profesionales. Superadas éstas, nos introduciremos en el Derecho de Sociedades y en cada uno de los tipos legales generales (sociedad civil, colectiva, limitada o anónima) para determinar si existen obstáculos insuperables para la utilización de cada uno de ellos para prestar servicios profesionales. Como podrá suponerse, los problemas más arduos se plantean respecto de las sociedades mercantiles de capital. Trataremos no obstante, de argumentar que ninguna de las objeciones habituales parece definitiva.

2. Despejada la viabilidad de las sociedades profesionales en sentido estricto y la disponibilidad de cualquier tipo societario para darle forma nos ocuparemos ya de diseñar su régimen jurídico, objeto de la segunda parte de la tesis. Nuestra aproximación ha consistido en analizar los principales aspectos que conforman el régimen jurídico societario, tratando las especialidades que presentan, en relación con aquel, las sociedades profesionales. Cuando tales especialidades no son significativas, nos hemos remitido a los estudios generales sobre Derecho societario.

## **PARTE GENERAL**





## CAPITULO PRIMERO

### IDENTIFICACION DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL EN SENTIDO ESTRICTO

#### § 2. Tendencia a la "societarización" del ejercicio profesional.

La actividad profesional ha sido tradicionalmente concebida como una actividad individual. El Derecho de los profesionales ha sido el Derecho del profesional individual. No es de extrañar por ello que las notas que configuran la concepción clásica del profesional tomen como presupuesto el ejercicio individual de la profesión, subrayando así rasgos que solo pueden predicarse de individuos y no de grupos, como son, que el ejercicio de su actividad se realiza de modo personal e independiente; que el que la realiza responde individualmente, o que se trata de actividades de carácter intelectual que requieren de quien las presta una formación específica, una titulación oficial y la adscripción obligatoria en una corporación de carácter público (colegiación)<sup>1</sup>.

Es cierto que la figura del profesional que ejerce individualmente su actividad no ha desaparecido. Sin embargo, resulta evidente que la prestación de servicios profesionales en grupo constituye una de las tendencias más acentuadas en el mercado de estos servicios<sup>2</sup>. Aunque en Europa no se han

---

<sup>1</sup>Estas notas configuran lo que podría llamarse el núcleo conceptual (Begriffskern) del profesional liberal, que nos sirve para delimitar el ámbito subjetivo típico de las sociedades profesionales. En todo caso no puede ocultarse cómo la concepción del profesional liberal que acaba de describirse tan sucintamente se encuentra sometida en la actualidad a una profunda revisión. No hay característica alguna de las señaladas que no se haya discutido. (Para una revisión del concepto vid. por todos la obra de J.TAUPITZ, Berlín/New York, 1.991. esp. pp.11-151, donde el autor describe los razonamientos históricos, sociológicos culturales y económicos que han contribuido a la "permanent Abgrenzungsproblematik" de la profesión liberal. No nos interesa en cualquier caso, hacer ahora una análisis de esta revisión. Nos ocuparemos más adelante de las que afectan al ejercicio societario cuando tratemos de constestar las objeciones que se han planteado a éste desde dicha concepción.

<sup>2</sup>En realidad, las ventajas competitivas que pueden obtenerse a través del recurso a la agrupación profesional (sobre las mismas vid. ampliamente *infra* § 16), pueden obtenerse igualmente a través de otras formas

alcanzado las cifras norteamericanas, los despachos profesionales con centenares de abogados no son ya una rara avis; los estudios de arquitectura en los que participan decenas de arquitectos son la forma más común de ejercicio entre los que participan en concursos internacionales; los médicos que ejercen privadamente su actividad lo hacen a través de clínicas o establecimientos cuyas instalaciones comparten con otros médicos. En sectores profesionales como el de la auditoría, el ejercicio colectivo de la profesión es la forma más común de prestación de servicios superando el 90 % del mercado correspondiente.

Si la agrupación de profesionales es una tendencia creciente, habrá de serlo también el recurso al Derecho de sociedades, dado que el mismo se configura como el ordenamiento de las diferentes técnicas de organización - desde las más simples hasta las más estructuradas-, utilizadas por conjuntos de personas para perseguir una finalidad común<sup>3</sup>. En este marco nuestro objetivo inmediato es identificar las distintas manifestaciones típicas que se observan en el ámbito profesional.

### **§ 3. Plasmación fenomenológica de las distintas formas de organización profesional: sociedades entre profesionales.**

---

contractuales. Como en tantas otras ocasiones, la obtención de ventajas competitivas no va ligada a una forma contractual concreta sino que pueden obtenerse los mismos resultados a través de una pluralidad de instituciones jurídicas. No es de extrañar, pues, que junto a la tendencia a la agrupación mediante un contrato asociativo, el mercado de los servicios profesionales aparezca marcado hoy por un acentuado *proceso de salarización* de los profesionales. Ambos contratos constituyen, a estos efectos, técnicas fundamentalmente equivalentes. El recurso a la contratación laboral o a la societaria se explica, probablemente, en función de la mayor o menor aversión al riesgo y en las mayores o menores posibilidades de diversificación del riesgo respecto a la varianza en los ingresos y los diferentes costes de control de la conducta del profesional en uno y otro caso. (De esto nos ocupamos en *infra* § 17.1.3).

<sup>3</sup>Sobre la concepción del Derecho de Sociedades como derecho de las estructuras organizativas nos ocuparemos en *infra* § 11 ss.

Son muy variadas las estructuras organizativas que permiten a los profesionales desarrollar su actividad en cooperación con otros profesionales. Como es lógico, distintas estructuras responden a necesidades diferentes. A nuestros intereses en este trabajo, conviene una clasificación doble de las mismas. La que distingue entre las organizaciones que sirven al ejercicio colectivo de la profesión o sociedades profesionales stricto sensu en las que el ejercicio es la actividad del grupo, y, las organizaciones que permiten a los profesionales individuales coordinar determinados aspectos de su actividad, o sociedades entre profesionales. En las sociedades profesionales, pues, es la propia sociedad quien presta y asume la actividad profesional de sus miembros, mientras que las sociedades entre profesionales se caracterizan por constituirse como instrumentos organizativos cuya finalidad consiste en facilitar el ejercicio individual de la profesión de sus miembros. En efecto, el ejercicio profesional se realiza en todas ellas a título individual, esto es, los resultados de la actividad profesional se imputan directamente a los profesionales actuantes -socios o asociados- y no a la sociedad, por lo que en puridad, no pueden considerarse como verdaderas sociedades profesionales. Lo que distingue unas sociedades entre profesionales de otras es la finalidad práctica o causa objetiva de su constitución. Así, las llamadas sociedades de medios se constituyen con el objetivo de compartir gastos; las sociedades de comunicación recíproca de resultados se crean para compartir el riesgo de la actividad repartiendo ganancias y pérdidas; las sociedades de mediación para intermediar en la actividad profesional; los equipos profesionales, para prestar un servicio que requiere la presencia simultánea de profesionales de distintas ramas y, por fin, las cuentas en participación para permitir a un sujeto interesarse en los resultados de la actividad de un profesional.

Conviene adelantar en todo caso, que así como se han planteado objeciones serias a la legitimidad jurídica de las sociedades profesionales en sentido estricto, no ha habido, en términos generales, obstáculo alguno a la admisibilidad de las sociedades entre profesionales. Como tendremos ocasión de comprobar todas ellas pueden ser reguladas convenientemente con las reglas de nuestro derecho de sociedades. A continuación expondremos, de forma breve, los problemas específicos que estas formas societarias plantean cuando se utilizan en el ámbito de las actividades profesionales, para posteriormente introducirnos en el análisis pormenorizado de las que constituyen el objeto central de nuestro trabajo: las sociedades profesionales en sentido estricto, únicas que en rigor se hallan necesitadas de regulación.

## I. SOCIEDADES DE MEDIOS.

1. Una primera y elemental forma de colaboración entre profesionales la constituyen las llamadas sociedades de medios. Bajo las mismas se engloban todas aquellas en las que los profesionales pretenden poner en común y compartir los medios materiales y/o personales necesarios para el ejercicio individual de la profesión. Son pues, sociedades de carácter exclusivamente instrumental que se constituyen para la regulación de un aspecto meramente patrimonial: la organización, gestión y regulación de la infraestructura compartida y necesaria para el desarrollo de la actividad profesional, cuyo ejercicio -eso sí- compete individualmente a cada uno de los profesionales miembros, y cuyos resultados les son imputables directamente a ellos y no a la sociedad<sup>4</sup>. Ha de aclararse que la sociedad de medios no es un

---

<sup>4</sup>Vid. un panorama general de las mismas en, G.LYON-CAEN. *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, Paris, 1975, capítulo primero, p. 67-76; Y.CHEMINADE, "La société civile de moyens", J.C.P., 1.971.I, 2405; Y.GUYON, "Les groupements de moyens. Rapport Général", en *L'exercice en*

tipo societario determinado, y que esta denominación hace referencia, según hemos visto, a la finalidad perseguida con su constitución y no a la forma jurídica utilizada para lograr ésta. De modo que, como veremos, la finalidad perseguida puede articularse a través de la constitución de cualquier tipo social aunque el legislador haya previsto expresamente para tal finalidad dos tipos sociales concretos de los que nos ocuparemos más adelante.

2. Como puede imaginarse, las sociedades de medios permiten optimizar la utilización de los medios materiales y personales precisos para el ejercicio de la profesión, aprovechando las economías de escala que se obtienen por la utilización conjunta de dichos medios, con el consiguiente ahorro de costes que, *ceteris paribus*, correspondería en otro caso, a cada profesional individualmente<sup>5</sup>.

3. No existe una regulación genérica de las sociedades de medios. No obstante, contamos con algunas normas que reconocen su existencia aunque tengan carácter disperso. Así el artículo 35.b del Estatuto General de la Abogacía autoriza "la coexistencia en un local de Letrados con bufetes independientes y sin solidaridad alguna entre ellos"<sup>6</sup>. Por su parte, el art.42

---

*groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.121 ss; C.STOLFI, "Struttura e natura giuridica della società di professionisti", en *Riv.dir.comm.*, 1.975, pp.100 y ss; C.IBBA, "Esercizio associato della professione e società", en *Riv.dir.civ.* 1985.II, pp.62-63; M.LACH, *Formen Freiberflicher Zusammenarbeit*, München, 1.970, p.44; ALBIEZ DOHRMAN/JAIMEZ/OLARTE, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada 1.992, p.45; F.CAPILLA RONCERO, "Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre su admisibilidad", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1.993, p. 215 ss; C.MORENO LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1.994, pp. 17 ss; A.F.DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, Madrid, 1.996, pp. 59; R.GARCIA PEREZ, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1.997, pp. 48-53.

<sup>5</sup>En general sobre las economías de escala vid. *infra* § 16.

<sup>6</sup>R.D. 2.090/1982, de 24 de julio.

del Reglamento Notarial<sup>7</sup>, admite, previa autorización colegial correspondiente, que los notarios puedan compartir un mismo local, siempre que se mantenga la independencia del ejercicio profesional. El Código del Deontología Médica de 1979 en su art. 99, preveía que "Los Médicos pueden asociarse en equipo con el fin de facilitar el ejercicio de su profesión, poniendo en común los medios necesarios"<sup>8</sup>. El Código actual de 1990, ha suprimido dicha mención. No obstante se reconoce expresamente la posibilidad de que los médicos se asocien para el ejercicio en común de su profesión (art.35)<sup>9</sup>. La admisibilidad de lo más (el ejercicio colectivo de la profesión), implica consecuentemente la admisibilidad de lo menos (la asociación con el único fin de facilitar la actividad individual de cada uno de ellos mediante una infraestructura material y de servicios comunes).

4. La utilización de sociedades de medios en los ámbitos profesionales no ha planteado nunca objeciones serias desde el punto de vista de su legitimidad<sup>10</sup>. Los problemas que esta figura plantea se refieren, bien a su carácter societario, bien a aspectos concretos de su régimen jurídico.

---

<sup>7</sup>R.D. 1.209/1984, de 8 de junio.

<sup>8</sup>Reproducido en la obra dirigida por L. MARTINEZ CALCERRADA, *Derecho Médico. Legislación Médica*, II, Madrid, 1.986, pp. 851 ss.

<sup>9</sup>Vid. un comentario a dicho precepto en G. HERRANZ, *Comentarios al Código de ética y deontología médica*, Pamplona, 1.992, esp. pp. 174 ss.

<sup>10</sup>"Pues su existencia no compromete ninguno de los principios que inspiran el ejercicio de las profesiones liberales, ya que, podría decirse, la sociedad instrumental opera como una organización paralela de apoyo a los profesionales, sin inmiscuirse en absoluto en el ejercicio individual por cada uno de ellos"; F.CAPILLA "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, p. 215. En el Derecho comparado, la viabilidad de esta forma de colaboración profesional goza de un reconocimiento positivo generalizado. En Francia la ley 29/11/1966, relativa a las sociedades civiles profesionales, se ocupa en su artículo 36 de la sociedad de medios, a la que define como aquella que tiene por único objeto el facilitar a cada uno de sus miembros el ejercicio de su actividad, excluyendo el ejercicio por la propia sociedad. La redacción de este art. 36, fue modificada posteriormente por la ley de 23 de diciembre de 1.972, la cual amplía la constitución de las mismas también a las personas jurídicas. No obstante esta ampliación a la redacción primitiva, lo cierto es que posteriormente no se ha establecido una regulación propia, ni siquiera en los decretos que se han promulgado en desarrollo de esta ley. (Sobre las mismas v., Y.CHEMINADE, "La société civile de moyens", en JCP, 1971, 2405;

5. La discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de medios no es más que un capítulo concreto de la amplia discusión doctrinal existente acerca del concepto de sociedad.

Si, como hace la doctrina quizá todavía hoy dominante, partimos de un concepto estricto de sociedad, identificándolo con el tipo de la sociedad civil (art. 1.665 CC) y de la sociedad mercantil (art. 127 C de c), la sociedad de medios quedaría fuera del ámbito societario, ya que carecería de dos elementos considerados esenciales por este sector doctrinal para admitir la existencia de una sociedad: el ánimo de lucro<sup>11</sup>, y la actividad en común de

---

P.CHARDENON/J. DE MOURZITCH, "Sociétés civiles de moyens constituées entre membres de professions libérales", en J.C.P., 1.971.I,2406; RICHARD, "Le sociétés civiles cooperatives de médecins", en J.C.P., 1.966.I,1999; F.TERRE, "Les sociétés civiles professionnelles", JCP, 1.967 groupements de moyens. Rapport Général civiles professionnelles", en.I, 2103, n.9 ss; Y.GUYON, "Société civile professionnelle", n.º 88 ss, Répertoire Dalloz des sociétés, 2ªed., T.2, V ; del mismo autor "Les groupements de moyens", L'exercice en groupe des professions libérales, pp.121-134;W.JUNOD, "Société civile de moyens entre médecins", en L'exercice en groupe des professions libérales, pp.181-187). En Bélgica existe un proyecto de ley de 1.985 sobre sociedades civiles (profesionales e interprofesionales) y sociedades civiles de medios, con características semejantes a las aquí apuntadas aunque al contrario que las francesas, la participación en este tipo de sociedades no es accesible más que a personas físicas. (Vid., CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: Les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en L'exercice en société des professions libérales, Bruselas, 1.989, pp.303-344, esp., 337-344). En Alemania, la posibilidad de constituer sociedades de medios por profesionales liberales no ofrece problema alguno. De hecho algunas profesiones cuentan con una regulación específica de las mismas. Mientras que en el campo de la arquitectura y abogacía reciben el nombre de *Bürogemeinschaft*, esta forma de cooperación entre médicos y dentistas recibe el nombre de *Praxisgemeinschaft*. Para un panorama general de las mismas en todas estas profesiones vid., M.LACH, *Formen Freiberfllicher Zusammenarbeit*, pp. 44-46, 83-85, 119-120, 83-85. Vid., también, L.MICHALSKI *Das Gesellschaft- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe*, Köln, 1.989, pp. 108. ss, 132 ss; un apunte en K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2ªed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, pp. 1.430-1432.

<sup>11</sup>Exigen el ánimo de lucro como requisito del concepto de sociedad entre otros CAPILLA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M.ALBALADEJO (en adelante *Com.Edersa*), XXI-1, Madrid, 1986, pp.21-23; J.M.MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, XI,4ª ed, Madrid, p.226-229; DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema de Derecho civil*, II,7ª ed, Madrid, 1.995, pp.516-517; CASTAN, *Código civil de MUCIUS SCAEVOLA*, XXV-1, Madrid, 1931, pp.400-401 y 735-736. Utilizan este argumento para negar el carácter societario a la sociedad de medios entre profesionales en particular, SCHIANO DI PEPE, G., "Spunti per un riflessione in tema di società tra professionisti", en *Riv.not.* 1976, p.972; id., *Le società di professionisti*, Milano 1977; C.IBBA, "Esercizio associato della professione e società", en *Riv.dir.civ.*, 1985,II,p.62 y ss; SPADA, *Tipicità delle società*, Padova, 1.974,p.120; LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, Paris, 1.975,p.64. Entre nosotros, en este sentido, K.J.ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Prof.Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol.I, Madrid, 1.992. También ALBIEZ y otros, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, pp. 43, 45; F. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, p. 217.

sus miembros<sup>12</sup>. En efecto, la sociedad de medios entre profesionales carece de ánimo de lucro puesto que no se trata de repartir ganancias sino de reducir gastos<sup>13</sup>. Y tampoco los profesionales que contraen sociedad de medios realizan su actividad profesional en común, ya que como hemos dicho el ejercicio es estrictamente individual.

A nuestro juicio, tales objeciones no son sin embargo suficientes para negar el carácter societario de las sociedades de medios. Como ha puesto de manifiesto un sector creciente de la doctrina, debe aceptarse un concepto amplio de sociedad. Concepto al que sólo resultan esenciales tres elementos: la comunidad en el fin, promovido en común por los socios, que permite diferenciar a la sociedad de los demás contratos; la comunidad de la contribución, o necesidad de que todos los socios aporten algo a la consecución del fin común; y el origen negocial<sup>14</sup>.

Si aceptamos un concepto amplio de sociedad como el descrito, las dos objeciones pueden soslayarse sin dificultad.

En primer lugar, el ánimo de lucro es un rasgo típico de la sociedad civil (v.1665 CC), que no forma parte esencial del concepto de sociedad. El

---

<sup>12</sup>La ausencia de desenvolvimiento en común de una actividad económica, es, lo que conduce a negar el verdadero carácter de sociedades a las sociedades de medios, y, en general, a aquellas que tienen por objeto la reglamentación de las relaciones de los socios. En este sentido, VERGEZ *El socio industrial* Madrid, 1972, p.47, y allí referencias jurisprudenciales en el mismo sentido; v. también aunque con matices, FERNANDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza 1977, pp.314 ss.

<sup>13</sup>Un sector de la doctrina tradicional ha tratado de ampliar el concepto de ánimo de lucro a los supuestos de disminución de gastos, por lo que para ellos, la sociedad de medios no carecería de ánimo de lucro. Vid. información al respecto en PAZ-ARES, en [PAZ-ARES,C./ DIEZ PICAZO,L./ BERCOVITZ,A./ SALVADOR,P. (dirs.)], *Comentario del Código civil*, (en adelante *Comentario*), II, Madrid, 1.991, p. 1307.

<sup>14</sup>Como es sabido, la tesis del concepto amplio de sociedad fue formulada por primera vez entre nosotros por GIRON TENA y actualizada últimamente por PAZ-ARES en, "Animo de lucro y concepto de Sociedad", en *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1.991, pp. 731 ss, y en *Comentario*, pp.1.307-1313. En este concepto amplio de sociedad iría incluido no sólo la sociedad de medios, sino cualquier fenómeno de atipicidad societaria. En favor de un concepto amplio de sociedad vid. también, FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*,p.300-303, si bien este autor se replantea la oportunidad de algunas de las formulaciones realizadas por GIRON; J.M.GONDRA ROMERO, "Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española", *RDM*, 1.976,p.351; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, i, 20ª ed., Madrid, 1.997, pp.211-212.



debilitamiento progresivo que la finalidad lucrativa está experimentando como concepto delimitador de la materia societaria<sup>15</sup>, así como la inidoneidad del mismo para seleccionar la disciplina aplicable<sup>16</sup>, así lo demuestran. Por tanto no deben dejar de considerarse sociedades aquellas formas asociativas - en nuestro caso sociedad de medios- que no persigan esa finalidad. Del mismo modo la actividad en común se configura como un requisito típico, que no esencial, del concepto de sociedad. Consecuentemente no deben quedar excluidos de la órbita societaria aquellas fórmulas asociativas que prevén la simple "asociación de actividades individuales"<sup>17</sup>.

6. El régimen jurídico aplicable varía en función de la configuración adoptada por la sociedad de medios. Es preciso hacer pues, una distinción entre sociedades de medios internas (v. infra a), o sociedades de medios configuradas para tener relaciones externas (v. infra b).

a) Normalmente este tipo de sociedad gestional, se constituye como una sociedad interna, estructurada como una mera relación obligatoria entre los

---

<sup>15</sup>Debilitamiento que se refleja entre otros aspectos, por los numerosos ejemplos normativos de sociedades sin ánimo de lucro incluidas no obstante dentro de la órbita societaria: así dentro del propio Cc, la sociedad universal del art.1.671, o las sociedades de uso o disfrute reguladas en el art.1678; en la órbita mercantil, el reconocimiento societario de entidades de base mutualista (lógicamente sin ánimo de lucro); así de las cooperativas (art.1 LGCoop), Mutuas de seguros (arts.13 y 14 LOSEP); sociedades de garantía recíproca (art.1. RD 1885/1978, de 26 de julio); la posibilidad de constitución de sociedades anónimas y limitadas "cualquiera que fuese su objeto"; y como ejemplo más reciente el art.2.2 LAIE, el cual define a las agrupaciones de interés económico como sociedad que "*no tienen ánimo de lucro*". Igualmente en la legislación de otros países también se reconocen a sociedades que no persiguen la citada finalidad: así el código civil italiano en su artículo 2620, el ordenamiento inglés en su ley de sociedades *Companies Act* sez.19 de 1942, en Alemania en el § 705 del B.G.B y 3 de AktG.

<sup>16</sup>En el sentido de que el concepto del ánimo de lucro se convierte en irrelevante dentro del concepto de sociedad, al aplicarse en todo caso -exista ánimo de lucro o no-, las normas sobre la sociedad. Así, CAPILLA, aún defendiendo el carácter no societario de esta figura entiende que en todo caso debiera *por analogía* aplicarse el régimen de la sociedad civil. V. F. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, p. 218.

<sup>17</sup>Vid. de nuevo nota 15.

socios, en la que se excluye la relevancia ad extra de la sociedad<sup>18</sup>. El acuerdo entre los socios no se extiende a la actividad profesional. Se limita a la utilización conjunta de medios patrimoniales, para lo cual no es necesaria la voluntad de actuar conjuntamente en el tráfico como profesionales que permitiría otorgarle personalidad jurídica. Es obvio pues que la sociedad no puede, en calidad de tal, entablar relaciones con los clientes (sociedad-cliente)<sup>19</sup>, siendo sus miembros los únicos capaces de establecer relaciones individuales con cada uno de ellos<sup>20</sup>.

El problema fundamental para determinar el régimen jurídico aplicable a estas sociedades surge como consecuencia de las recíprocas remisiones que contienen los arts. 1.669 II, y 392 II del Cc<sup>21</sup>. Para aclararlo es necesario delimitar correctamente la relación existente entre sociedad y comunidad<sup>22</sup>: la

---

<sup>18</sup>Sobre el carácter interno de las mismas, referido a las sociedades de medios entre abogados. K.MÜLLER, "Nochmals: Zur Haftung verbundener Anwälte", NJW, 1.969, p. 1.416; BGH, NJW, 1.971, pp. 1801-1804. La configuración de la sociedad de medios como una mera relación obligatoria entre las partes que no se va a relacionar como sociedad frente a los terceros es lo que lleva a COSTI a afirmar la no necesidad de una denominación social de las mismas. Vid. COSTI, R., *Il nome della società*, Padova, 1.964, pp. 294 ss.

<sup>19</sup>En este sentido se afirma que "*Es fehlt eine gemeinsame Vertretung*"; J.VON STAUDINGERS, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 1980, 12 ed., vorbeim zu § 705, marg. 90 ss, pp. 311 ss. y la jurisprudencia allí citada.

<sup>20</sup>Vid. la diferencia sobre un plano estructural entre sociedad interna y externa en PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.669.II,p.1.352-1-354; en la doctrina alemana W.FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht.I. Die Personengesellschaften*, Berlin-Heidelberg-New York, 1.977, § 1 III; ULMER, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, en AAVV, *Münchener-Kommentar zum BGB*, München, 1.986, § 705 Rdnm 208 ss; K.SCHMIDT, "Zur "aussenhafung der Innengesellschaft"- LG Konstanz, NJW 1.987, 2521", en *JuS* 1.988, pp. 444 ss.

<sup>21</sup>La doctrina más reciente que ha estudiado la regulación aplicable a las sociedades de medios entre profesionales, ha obviado precisamente estas remisiones recíprocas, atendiendo únicamente a la remisión hecha en sede societaria al ámbito de las comunidades de bienes, esto es, a la disposición contenida en el 1.669 II CC. En consecuencia concluye "*serán los preceptos que nuestro CC dedica a la regulación de la Comunidad de Bienes los que resultarán de aplicación*"; A.F. DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, pp. 64 ss.

<sup>22</sup>Para un panorama general de la posición de nuestra doctrina y jurisprudencia al respecto vid. A.F. DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, p. 64 y nt. 7, el cual resume el parecer mayoritario afirmando -erróneamente, a nuestro juicio- que "*la distinción fundamental entre comunidad y sociedad estriba en la intención de quienes las constituyan, según ésta se traduzca en el objetivo de crear una relación estable y duradera para el logro de determinados fines, o por el contrario sea, meramente, la de crear una relación accidental y transitoria sin ningún objetivo concreto. Conforme a todo lo dicho, bien podemos decir que las*

sociedad es un contrato<sup>23</sup>; la comunidad es una "situación de titularidad colectiva o cotitularidad". Son pues, realidades distintas que no obstante pueden generar confusión en determinados ámbitos donde pueden coincidir. Este es precisamente el caso de la coexistencia de la sociedad interna -proyectada sobre el plano obligatorio-, y la comunidad de bienes -proyectada sobre el plano de la titularidad-. Las remisiones entre las normas citadas se tornan así muy sencillas atendiendo a la diferenciación de planos -contractual y jurídico real- de ambos artículos<sup>24</sup>. El artículo 392 II, situado en sede de derechos reales, remite a las normas de la sociedad únicamente para la regulación de los aspectos obligatorios. El artículo 1.669 II, situado en sede de contratos remite al artículo 392 únicamente para la regulación de los aspectos jurídico reales.

Las sociedades de medios, como sociedades internas, se regirán pues, por lo que respecta al plano obligatorio, esto es, a la gestión y extinción de la sociedad, por las normas de la sociedad<sup>25</sup>, y por lo que respecta al plano

---

*Comunidades de Bienes y Derechos entre profesionales serán normalmente sociedades, más que comunidades, atendiendo a los criterios jurisprudenciales y científicos más comunes".*

<sup>23</sup>Contrato que a su vez suele proyectarse normalmente sobre dos vertientes- organizativa y obligatoria-, no existiendo sin embargo obstáculo alguno a que la sociedad únicamente se proyecte sobre una de ellas renunciando los socios a la otra: este es el caso de las sociedades internas entre las que hemos incluido a las sociedades de medios por constituirse únicamente como una mera relación obligatoria entre los socios.

<sup>24</sup>Seguimos en este punto la explicación del profesor PAZ-ARES. *Comentario*, art.1.669. V, 2. pp.1371-1.372.

<sup>25</sup>En efecto, en materia de *gestión* regirán las normas de la sociedad, que aunque a veces son muy similares a las de la comunidad, presentan en otras ocasiones diferencias notables. En este sentido resultan ilustrativos los arts. 395 y 1695.3 CC. En la comunidad se permite al comunero exonerarse de su contribución a los gastos de conservación si renuncia a su cuota. La norma societaria -prácticamente similar- no preve sin embargo, la facultad de abandono. La razón descansa en la existencia de un contrato de sociedad: el socio como tal tiene esa obligación derivada del contrato de sociedad. El abandono no le exonera de sus vínculos frente a los demás consocios. Supongamos, por ejemplo que una sociedad de medios entre varios profesionales tiene por objeto compartir el uso del inmueble -consulta o despacho- donde prestan sus servicios. Con independencia de que sean copropietarios, ninguno podría negarse a pagar la limpieza del mismo renunciando a su cuota sobre la propiedad del inmueble. En lo que se refiere a la *extinción* regirán igualmente las normas societarias: en este sentido resulta claro que el socio no puede pedir la división. El contrato de sociedad le obliga a permanecer en sociedad, salvo que concurra alguna causa que permita disolver el vínculo. De manera que si se ha pactado por ejemplo la sociedad por veinte años, ningún socio podrá pretender desligarse de sus obligaciones societarias

jurídico real, esto es, en lo referente a la titularidad del patrimonio común, por las normas de la comunidad (arts. 399, 403 y 405 CC)<sup>26</sup>.

Debe aclararse, por último, que las sociedades de medios no implican ejercicio en común de la actividad. Cada uno conservará su clientela personal y las ventajas o beneficios que la misma les reporta; las pérdidas que se puedan producir a consecuencia del ejercicio individual serán así mismo, exclusivas de cada uno. Cada profesional será además individualmente responsable de las consecuencias de su actuación<sup>27</sup>; responsabilidad que no puede extenderse a los consocios dado que al no ser la sociedad un sujeto de derecho sino un simple contrato obligatorio entre los socios no puede haber deudas de la sociedad de la que respondan (subsidiaria, solidaria o mancomunadamente) los socios. Los profesionales se obligan hacia sus clientes de forma individual<sup>28</sup>. Si en algún caso se ha estipulado la responsabilidad de alguno de los miembros de la sociedad interna frente al tercero que contrató con uno de los socios, ha sido porque, de una forma u otra, el actuante le vinculó con su actuación (poder aparente...)<sup>29</sup>. Fuera de estos casos, sólo cabría pensar en un concurso o acumulación de

---

ejerciendo la *actio communi dividundo* sobre el inmueble común Vid., PAZ-ARES, *Comentario*, art. 1.669.V.4.c. p.1373; J.M.MIQUEL, *Com.Edersa*, Madrid, 1.985, V-2, art.404, pp. 508 ss.

<sup>26</sup>A cada socio se le atribuye una parte del derecho -derecho parcial- que está dotada de autonomía. En todo caso, frente a terceros el patrimonio social fragmentado en derecho autónomos, corresponde individualmente a cada uno de los socios. Esta situación determina la inestabilidad del patrimonio social: no se puede impedir a los acreedores individuales de los socios que se reintegren con cargo al patrimonio social (art. 399 CC segundo inciso); no se puede impedir a los socios que transfieran a terceros el patrimonio social (art. 399); y no se puede asegurar a los acreedores sociales un derecho de prelación frente a los acreedores individuales de los socios sobre el patrimonio social. De otro lado debe añadirse que la comunidad realmente sólo recae sobre los derechos, es decir sobre el lado activo del patrimonio. No hay comunidad sobre el lado pasivo del patrimonio social, el cual se somete, cuando haya de imputarse a varios sujetos, al régimen de obligaciones colectivas (arts. 1.137 CC y ss). Para un desarrollo de estas ideas v. PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1374.

<sup>27</sup>Vid. la división de nuestra doctrina respecto al tema de la responsabilidad, y la fundamentación para propugnar una responsabilidad individual en PAZ-ARES, *Comentario*, p.1.368.

<sup>28</sup>Así, K. MÜLLER, "Schadenserstazpflicht verbundener Anwälte", *NJW*, 1.969, pp. 903 ss, esp. 905

<sup>29</sup>K.SCHMIDT, "Zur "Ausschhaftung der Innengesellschaft", en *JuS* 1.988, pp. 444 ss.

responsabilidades en aquellos supuestos derivados de la situación de indivisión de determinados bienes que se utilicen conjuntamente por el grupo de profesionales. Piénsese por ejemplo en una sociedad de medios entre médicos, que utilizan en común el instrumental o maquinaria médica, encontrándose éste en mal estado y que como consecuencia de su deficiencia origina un perjuicio al cliente. Lógicamente la actuación del médico que contrató con el cliente dará lugar a una responsabilidad contractual, pero también podrá añadirse la responsabilidad extracontractual del resto de médicos de la sociedad copropietarios del aparato por haber faltado a su deber de conservación de la cosa (art.1908 Cc).

b) El que las sociedades de medios se constituyan normalmente como sociedades internas no significa que no puedan hacerlo como sociedades externas dotadas de personalidad jurídica bajo cualquier tipo social de los previstos legalmente. Nada impide que una sociedad de medios se constituya como sociedad externa, esto es, con patrimonio separado y personalidad jurídica que contrata con terceros (arrendando locales, empleando personal, contratando seguros, etc.)<sup>30</sup>. En particular, nuestro ordenamiento ha previsto dos tipos societarios para que sirvan de estructura jurídica específica para las sociedades de medios: las Agrupaciones de Interés Económico, y las Cooperativas de Servicios.

### *1. Agrupaciones de Interés Económico.*

---

<sup>30</sup>Así, ULMER, Vor § 705 19; M.LACH, *Formen Freiberflicher Zusammenarbeit*, pp.44-46, 83-85, 102-103, 119-120.

1. Las *Agrupaciones de Interés Económico* constituyen el instrumento idóneo que ofrece nuestro legislador para aquellos casos en los que la complejidad de las actividades previstas para facilitar o desarrollar la actividad de los profesionales asociados sea extraordinaria, de manera que una sociedad de medios interna se revele insuficiente, y en consecuencia sea necesaria una presencia exterior constante en el tráfico externo<sup>31</sup>.

2. El carácter instrumental de la agrupación queda reflejado en la finalidad que la ley le atribuye: facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros (art.2.1 LAIE), realizando exclusivamente una "actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios" (art. 3.1 LAIE). Esta auxiliariedad permite, al igual que en la sociedad de medios interna, dejar a salvo la independencia profesional y económica de cada participante, que llevarán a cabo de forma independiente su actividad profesional, valiéndose de la ayuda y medios proporcionados por la agrupación.

Así las cosas, resulta evidente que las Agrupaciones de Interés económico no pueden constituirse como *sociedades profesionales stricto*

---

<sup>31</sup> La función que desempeña la Agrupación de Interés Económico en el mercado nacional la desarrolla en el ámbito comunitario la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico, regulada por el reglamento n.º 2137/85 del Consejo de 25 de Julio (A.E.I.E.). Se presentan como un instrumento jurídico apropiado por su flexibilidad, para la cooperación entre pequeñas y medianas empresas vinculadas a estados de la C.E.E. Es la primera forma que permite encauzar una asociación entre profesionales, y/o profesionales y el resto de operadores del mercado de la C.E.E. mediante la creación de un ente jurídico cuya estructura, responsabilidad, sistema de tributación, modo de actuación... serán básicamente comunes a todos los estados de la C.E.E. Aunque su regulación no coincide de manera absoluta con la figura española equivalente, se ha procurado al máximo mantener un paralelismo y una unidad de tratamiento en sus rasgos esenciales. Vid. al efecto, PAU PEDRON, "La agrupación europea de interés económico: naturaleza, función y régimen", *RCDI*, 1.988, pp.1.181 ss; A.LE FEVRE, "Le groupement européen d'intérêt économique", *JCP*, ed.techniques, 1989, fasc. 820; J.GUYENOT, "Le groupement européen d'intérêt économique, nouvelle institution européenne ouverte aux activités des professions libérales: le règlement C.E.E. du 25 juillet 1985", *Fiscalité européenne*, Rev., 1986-1, p.49-54; A. PETELAUD, "La construction de la Communauté européenne et le Groupement européen d'intérêt économique", *Rev.Soc.*, 1986, p.191-199; la abundante bibliografía citada por C. VACCA, *Professionisti e società di servizi*, Milano, 1.990, en el capítulo X, "Le attività professionali nella recente legislazione comunitaria", esp. 98 a 111; M.GRÜNINGER, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung beratender Freiberufler. Steuerliche Vor- und Nachteile", *BB*, 1.990, pp.2161-2168.

*sensu* y han de limitarse a servir de vía de *sociedades de medios*<sup>32</sup>. Es decir, la Agrupación no puede tener por objeto la prestación de servicios profesionales a terceros<sup>33</sup>.

3. Al margen de la limitación que se acaba de exponer, el diseño legislativo de la agrupación la hacen especialmente apta para servir a los intereses de "*quienes ejerzan profesiones liberales*", a quienes el legislador incluye expresamente entre los sujetos que pueden constituir la (art. 4º in fine LAIE). Esta previsión del legislador es, por otro lado, perfectamente lógica dada la acusada personalización del fin común y la consiguiente dependencia de la Agrupación de la individualidad de sus miembros que hacen que esta

---

<sup>32</sup>Sobre la diferencia conceptual entre una y otra forma de organización vid. L. MICHALSKI, *Der Begriff des freien Berufs im Standes- und im Steuerrecht*, pp. 95 ss; K. GLEICHMANN, "Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung", ZHR, 149, 1985, pp. 633 ss, 639; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1.585; A.L MONGE GIL, *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, 1993, pp. 199-200.

<sup>33</sup>El RAEIE es claro en la breve puntualización que hace en su preámbulo (cons.5º): "La actividad de la agrupación debe vincularse con la actividad económica de sus miembros y no sustituir a ésta y, en esta medida, por ejemplo, la agrupación no podrá por sí misma ejercer, frente a terceros, una actividad liberal". La doctrina que interpreta el reglamento europeo es contundente en este sentido. Así S.ISRAËL, "Une avancée du droit communautaire: Le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE)", nº.292, 1985, p.647, afirma que la Agrupación sustituiría a la actividad típica de sus miembros si se dedicara a ejercer la actividad profesional liberal respecto de terceros, lo que es contrario a su objeto. En el mismo sentido J.GANSKE, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung", DB, 1985, pp. 1 ss, 3: "Wegen dieses Hilfscharakters muss die Tätigkeit der Vereinigung der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder verknüpft sein und darf in deren Stelle treten, und die Vereinigung selbst kann insoweit z.B. keinen Beruf gegenüber Dritten ausüben." M.GRÜNINGER, "Die deutsche Rechtsanwaltssozietät als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)", DB, 1990, pp. 1449 ss; del mismo autor, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung beratender Freiberufler. Steuerliche Vor- und Nachteile", BB, 1990, pp. 2161 ss: "In EWIV zusammengeschlossene Kanzleien behalten vollständig ihre Unabhängigkeit, die EWIV soll die wirtschaftliche Tätigkeit der angeschlossenen Kanzleien nicht dirigieren, sonder gemäss Art.3 Abs. 1 S. 1 EG-VO erleichtern oder entwickeln bzw. die Ergebnisse der Tätigkeit verbessern (...) Ist die EWIV eine rein freiberufliche Hilfs- oder Kostengemeinschaft, so kann sie ebenfalls keine Mitunternehmerschaft sein"; ZUCK, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", NJW 1990, pp. 954 ss. K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1.423; K. GLEICHMANN, "Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung", ZHR, 149, 1985, pp. 633-650; K.ABMEIER, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht", NJW, 1986, pp. 2987 ss; V. MÜLEER-GUGENBERGER, "EWIV-Die neue europäische Gesellschaftsform", NJW, 1989, p. 1.453; Die Konzeption der EWIV als Instrument der Unternehmenskooperation wird - über das Vorbild hinausgehend - durch das ausdrückliche Erfordernis einer Abhängigkeit ("Akzessorietät") der Tätigkeit der EWIV von der ausgeübten wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder und die Beschränkung auf "Hilfstätigkeiten" verdeutlicht. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht soll die EWIV nur unternehmerische Teilfunktionen übernehmen zur eigenwirtschaftlichen Tätigkeit der Mitglieder also nur eine Hilfsfunktion haben". La LAIE no ha querido apartarse de este criterio.

figura sea especialmente útil para coordinar la actuación individual de los profesionales<sup>34</sup>. No obstante, conviene aclarar algunas cuestiones específicas que se plantean en relación con el citado precepto.

a) La primera cuestión que se plantea consiste en determinar si una agrupación puede integrarse por *profesionales liberales dedicados a disciplinas diversas*, esto es, formarse por ejemplo por un abogado y un economista, un arquitecto y un ingeniero, un médico y un farmacéutico, etc. La respuesta afirmativa parece indudable. Aún más. Aunque el ejercicio asociado de su profesión con otras estuviera prohibido a determinados profesionales, esa prohibición no debería alcanzar a la posibilidad de constituir con los mismos una agrupación de interés económico. Es fácil comprender por qué: si presenta un carácter meramente auxiliar respecto a la actividad individual de cada uno de los profesionales, la constitución de la agrupación en nada afecta al ejercicio -individual- de la profesión por cada uno de los socios<sup>35</sup>.

b) En segundo lugar, debe afirmarse la posibilidad de que la agrupación de interés económico sea utilizada por aquellos funcionarios públicos cuya actividad se organiza y ejerce en régimen privado (notarios, corredores de comercio, registradores...). La razón es nuevamente la misma. Estos profesionales no son en puridad profesionales liberales, únicos a los que se refiere expresamente la ley. Sin embargo son los *elementos económicos* que envuelven su actividad y no la actividad en sí misma considerada los que resultan concernidos por la agrupación. Por tanto, no debe haber

---

<sup>34</sup> Así, PAZ-ARES, en PAU PEDRON (dir.) *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1.992, art.1, p.15.

<sup>35</sup> De ahí que, tal y como afirma ZUCK, no exista obstáculo alguno a que un abogado se asocie con un intérprete y un perito en la constitución de una AEIE, aún cuando el ordenamiento alemán prohíba a los abogados trabajar conjuntamente con profesionales que no sean *artverwandter*: R. ZUCK, "Die Europäische



inconveniente para que utilicen una figura que desarrolla su utilidad exclusivamente en torno a dichos elementos<sup>36</sup>.

c) El último problema que plantea este precepto se refiere a la *posibilidad de participación de personas jurídicas profesionales* en una agrupación de interés económico. Nuevamente, la respuesta debe ser afirmativa a pesar de la ambigua redacción del artículo 4º LAIE. Dicho precepto permite la participación de personas jurídicas en agrupaciones de interés económico con carácter general para los sectores empresarial, agrícola o artesanal, referencia que desaparece cuando se trata de profesionales. A nuestro juicio, la omisión legal debe imputarse a la idea tradicional de que las profesiones liberales son necesariamente ejercidas por personas físicas, concepción que, como veremos, puede considerarse ampliamente superada<sup>37</sup>. Por lo tanto, ha de entenderse que el término "*quienes*" incluye no sólo a profesionales individuales sino también las que hemos llamado sociedades profesionales *strictu sensu*, esto es, aquellas que tienen por objeto el ejercicio

---

wirtschaftliche Interessevereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", NJW, 1.990, p. 957. En este sentido vid. también, R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.56.

<sup>36</sup>El legislador alemán propuso originariamente en la EWIV-Ausführungsgesetzes la exclusión de la participación de Notarios por no ser éstos profesionales liberales sino funcionarios públicos. El Bundesrat quiso aclarar que la participación de los notarios en una AEIE únicamente se prohibía en aquellos casos en los que la finalidad de la misma era promover la actividad de los notarios. El Bundesregierung en su contestación distinguía que junto con la función pública que ejercen los notarios, debe distinguirse otra actividad (de carácter privado) sobre la cual no existe ninguna limitación profesional en orden a su participación en una AEIE. En base a ello se recomendó la eliminación del § 16: el notario en tanto que se considere como funcionario público deberá afectarle la mencionada prohibición en virtud de los principios del derecho notarial; más allá de eso, en la restante actividad de los notarios una prohibición tal iría contra el art. 12 GG (libertad de profesión). En virtud de ello, la especial regulación para los notarios ha desaparecido. R.ZUCK, "Die Europäische wirtschaftliche Interessevereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", NJW, 1.990, p. 956. A nuestro juicio, si bien estos han sido los argumentos para no prohibir a los notarios su participación en una AEIE, creemos que la verdadera razón no está en su condición de funcionarios públicos frente al resto de los profesionales liberales, sino en lo que ya hemos advertido en el texto. La AIE no se constituye para el ejercicio de la profesión (ni de notario ni de ninguna otra) sino como un instrumento auxiliar para mejorar la actividad de los distintos profesionales.

<sup>37</sup>Vid. a este respecto las consideraciones que se realizarán en *infra* § 6, a propósito de la evolución de algunos de los rasgos que tradicionalmente han caracterizado a los profesionales liberales.

de la profesión<sup>38</sup>. Lógicamente, debe exigirse que las sociedades que pretendan convertirse en socios de una agrupación estén dotadas de su propia personalidad jurídica. En otro caso, habrían de ser los socios los que concurrieran individualmente a la constitución de la agrupación.

Al margen de lo que se acaba de exponer, y salvo que las normas deontológicas establezcan lo contrario, parece evidente que podrán combinarse como socios personas físicas y jurídicas, es decir, no debe haber inconveniente para que puedan constituir una agrupación dos abogados personas físicas, dos o más sociedades de abogados, o una sociedad de abogados y un abogado persona física, etc<sup>39</sup>.

4. El mayor inconveniente que se viene oponiendo para la utilización de esta figura por los profesionales es el carácter mercantil que expresamente les atribuye el legislador<sup>40</sup>. Tal calificación obliga a entender que la agrupación,

---

<sup>38</sup>En este sentido también en nuestra doctrina PAU PEDRON, *Comentarios a la LAIE*, p. 59. Contra, J.GOMEZ CALERO, *Las agrupaciones de interés económico*, Barcelona 1.993, P. 165, el cual al referirse al ámbito de las personas que debe incluirse bajo la expresión "quienes ejerzan profesiones liberales", entiende que hay dos notas conceptuales que no pueden faltar: el que el ejerciente sea persona física, y el que además no haya relación de dependencia laboral o administrativa entre quien realiza el servicio o trabajo y quien lo retribuye. Notas ambas que, a nuestro juicio, deben considerarse superadas en virtud de la argumentación que se ha propuesto en el texto. Ni que decir tiene que la admisibilidad de sociedades profesionales-miembros, incluye a cualquiera de las fórmulas societarias (civil o mercantiles) previstas por el legislador. La doctrina alemana se muestra así mismo favorable en el campo profesional a que no sólo profesionales liberales (*Einzelpersonen*), sino así mismo sociedades profesionales puedan ser miembros de una AEIE. En concreto sobre la posibilidad de sociedades de abogados (*Anwaltssozietät*) vid. M.GRÜNINGER, "Die deutsche Rechtsanwaltssozietät als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)", DB, 1.990, pp. 1449; del mismo autor, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung beratender Freiberufler", BB, 1.990, pp. 2161 ss; ZUCK, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", NJW 1.990, p. 956; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1.584; MÜLLER-GUGENBERGER, "EWIV-Die neue europäische Gesellschaftsform", NJW, 1.989, p. 1.456.

<sup>39</sup>En este sentido GRÜNINGER, "Die deutsche Rechtsanwaltssozietät als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)", DB, 1.990, pp. 1449 ss; ZUCK, "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", NJW 1.990, pp. 954 ss; MÜLLER-GUGENBERGER, "EWIV - Die neue europäische Gesellschaftsform", NJW, 1.989, p.1449; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1584.

<sup>40</sup>La mercantilidad se proyecta tanto sobre el plano objetivo (mercantilidad de la agrupación como contrato), como sobre el plano subjetivo (mercantilidad de la Agrupación como persona jurídica). (Para la distinción de estas dos vertientes de la mercantilidad en el derecho de sociedades vid. lo que se dirá a propósito de las

como persona jurídica, queda *sometida al estatuto del empresario*. Por tanto, al deber de llevanza de contabilidad (arts. 25 ss C d c); a la disciplina de la representación mercantil (arts 16 C d c ss) y a la normativa sobre la quiebra y suspensión de pagos (arts. 870 c d c ss)<sup>41</sup>. No obstante lo anterior, debe advertirse inmediatamente que *de la condición de comerciante de la Agrupación no se deriva la condición de comerciante de sus socios*. Una conclusión semejante sería desproporcionada en relación con los fines perseguidos por la mercantilidad formal. Es evidente que la mercantilidad de la forma societaria utilizada por los socios no implica necesariamente la condición de comerciante de sus socios. Así se desprende del artículo 1670 CC para las sociedades mercantiles por la forma pero civiles por el objeto, en las que los socios no son comerciantes y, sobre todo, de las sociedades anónimas o limitadas cuyos socios, obviamente, no tienen por qué ser comerciantes ni adquieren tal cualidad por el hecho de suscribir acciones o participaciones. En lo que respecta a la agrupación, esta conclusión se deriva expresamente de algunos de sus preceptos. Así, por ejemplo, el artículo 16.1 LAIE presupone que el socio puede no ser comerciante en cuanto prevé el "concurso" como causa de pérdida de la condición de socio, o el art. 18.1.3 que impide la extensión de la quiebra de la Agrupación a sus socios.

---

sociedades constituidas según el art. 1.670 CC en *infra* § 12.2. *In extenso*, v. PAZ-ARES, *Comentario*, pp.1.376-1.377 y allí referencias). El primero aspecto viene a significar que la agrupación es un tipo de sociedad mercantil y que por consiguiente quedará sometido a las reglas generales de las sociedades y contratos mercantiles (arts. 50 C d c ss; arts. 116 c d C ss; 218 C d c ss; arts.947 C d C ss, etc.). La importancia de la calificación legal expresa de la agrupación como sociedad mercantil no se encuentra en el aspecto objetivo, puesto que, aún cuando el artículo primero de la ley no lo dijera expresamente, habría que llegar a la misma conclusión simplemente en virtud de la remisión que el art. 1º *in fine* se hace a la disciplina (no de la sociedad civil sino) de la sociedad colectiva. La mención legal es importante, a nuestros efectos, en relación con la vertiente subjetiva de la materia, puesto que conduce a considerar comerciante o empresario a la agrupación con independencia del objeto -en el caso de la actividad profesional, civil- al que se dedique. La agrupación es comerciante por razón de la forma.

<sup>41</sup>En este sentido se ha afirmado que los efectos de la técnica del "comerciante por razón de la forma" se revelan francamente beneficiosos para los terceros, pues podrán confiar en un dato inequívoco -la forma social-

Consecuentemente, cuando la agrupación se constituya por profesionales liberales, éstos no quedarán sometidos a la quiebra, sino, en su caso, a un proceso de concurso de acreedores. Además, tampoco quedarán obligados a llevar personalmente la contabilidad formal de su actividad profesional.

## 2. *Las Cooperativas de servicios.*

Las Cooperativas de Servicios pueden también utilizarse como forma jurídica de una sociedad de medios entre profesionales. La regulación básica de las mismas está contenida en la Ley General de Cooperativas<sup>42</sup>. Con carácter general ha de afirmarse que presentan un *perfil semejante* al de las Agrupaciones de Interés Económico. En efecto, la Cooperativa de Servicios también puede asociar, entre otros, a "profesionales que ejerzan su actividad por cuenta propia", constituyendo una figura al servicio de sus socios en orden a la prestación de suministros o servicios y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales de sus socios. Así se desprende de las actividades que el legislador describe como típicas de esta figura (art. 139.3): por ejemplo, adquirir, elaborar, producir, fabricar, reparar y mantener instrumentos, maquinarias, instalaciones y cualesquiera materiales, productos y elementos necesarios o convenientes para las actividades profesionales de sus socios; ejercer industrias auxiliares o complementarias de las de los socios, etc. La finalidad pues, es equiparable a la que los socios pretenden con la agrupación de interés económico: la obtención de unos medios instrumentales y actividades auxiliares que sirvan para facilitar o desarrollar

---

para reclamar la aplicación de una disciplina que se halla establecida en su interés. Así PAZ-ARES, en *Comentarios a la LAIE*, p.22.

<sup>42</sup>Ley n.3, de 2 de abril de 1.987 (B.O.E., núm.84 de 8 de abril de 1.987).

la actividad individual de sus miembros, mejorando o incrementando los resultados de esa actividad económica. Lo mismo que en el caso de las Agrupaciones de Interés Económico, el carácter instrumental de estas sociedades impide que los servicios profesionales puedan ser prestados a través de la sociedad<sup>43</sup>.

Sin embargo, a diferencia de las Agrupaciones, la configuración de estas sociedades responde a una mezcla de principios propios de las sociedades personalistas<sup>44</sup>, y principios típicos de sociedades de estructura corporativa<sup>45</sup>. Así la estructura organizativa es mucho más compleja que la de la Agrupación lo que la hace menos atractiva para su utilización como sociedad profesional de medios<sup>46</sup>. Estos datos explican que el legislador no las haya concebido como instrumento para los profesionales liberales y que estas actividades no aparezcan entre las que el artículo 140.1. enumera como propios de esta forma social. Su escasa utilización por los profesionales

---

<sup>43</sup>Para los casos en los que los socios decidan realizar en común su actividad profesional están previstas las cooperativas de trabajo asociado que tienen por objeto proporcionar a los socios puestos de trabajo para producir en común bienes y servicios para terceros (art. 118 Ley General de Cooperativas). Para reunir la condición de socio es necesario participar de la actividad misma, sin que nadie pueda ser exclusivamente socio capitalista. Este tipo de cooperativa responde así al modelo de sociedad profesional strictu sensu, toda vez que es la cooperativa la que presta los servicios profesionales a terceros. Para un apunte de las mismas en el ámbito profesional vid. ALBIEZ, y otros, *Formas societarias del despacho colectivo*, pp. 88-89.

<sup>44</sup>Así el art. 47.1 de la Ley establece en relación con el derecho de voto que, como principio general, cada socio tendrá uno. En la transmisión de participaciones vuelve a ponerse de manifiesto el carácter personalista de la cooperativa, y además de modo radical, pues ni siquiera se preve la posibilidad, en términos generales, de transmitir la participación a tercero, aún con consentimiento de los demás socios (art. 78).

<sup>45</sup>Entre los principios característicos de las sociedades de capital nos encontramos en materia de adopción de acuerdos que, la regla es la de las mayorías y no la unanimidad. Mayoría simple con carácter general y cualificada para la adopción de determinados acuerdos (art.47). De otro lado, la ley configura la administración de una forma detallada, semejante a la de la Sociedad Anónima, escindiéndose en dos órganos básicos: La Asamblea General y el Consejo Rector (art. 42 ss). En materia de responsabilidad, la semejanza con las sociedades de capital se establece a través del principio de responsabilidad limitada del socio por las deudas sociales.

<sup>46</sup>Así, CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, p.219; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, p.35.

confirma estas apreciaciones<sup>47</sup>. Es por ello que no nos vamos a detener en su análisis<sup>48</sup>.

## II. SOCIEDADES DE COMUNICACION RECÍPROCA DE RESULTADOS.

Por sociedades de comunicación recíproca de resultados se entienden aquellas *cuyo objeto es el reparto de las ganancias y pérdidas provenientes del ejercicio individual de la profesión de sus miembros*<sup>49</sup>. Es decir, se ponen en común los resultados prósperos y adversos de la actividad de sus socios, permitiéndoles diversificar riesgos al reducirse la varianza de los ingresos individuales<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup>No sucede lo mismo en Francia donde sobre todo en el campo médico, la utilización de cooperativas con el "objet exclusif de faciliter l'exercice de la profession de (ses) membres para la mise en commun de tous moyens utiles à cet exercice", resulta harto frecuente. La regulación de las mismas se encuentra en el decreto n°. 65-920 de 2 de noviembre de 1.965 (J.C.P., 1.965, III, 31489). Vid. un amplio comentario al mismo en J. RICHARD, "La société civile cooperative de médecins", en J.C.P., 1.966, 1999. Con carácter general, la posibilidad de que tanto los miembros de una sociedad civil profesional, como los miembros de una sociedad de medios, adopten el estatuto de la sociedad cooperativa, viene reconocida expresamente en el art. 37 de la ley de 29 de noviembre de 1.966. En tal caso, las disposiciones de la ley de 1.966, únicamente serán aplicables en aquellos casos en que no se oponga a la Ley n°.47/1.1175, de 10 de septiembre de 1947 que contiene el estatuto de la Cooperación. A la vista del precepto, puede deducirse que la Ley no prevé más que un marco general que debe ser complementado por los reglamentos de administración pública propios de cada profesión.

<sup>48</sup>Para un panorama general de las mismas aplicadas al campo profesional vid. A.F. DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, pp. 84-93.

<sup>49</sup>El origen de esta figura asociativa parece encontrarse en el Derecho Romano, al encajar en la figura tradicional mencionada en sus fuentes, de la sociedad particular entre dos profesores que formaron una sociedad para enseñar gramática, estableciendo que las ganancias resultantes de dicha actividad se repartiesen entre ambos. Así lo afirma CAPILLA, basándose en el Digesto, 17,2,71. Vid. CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.154. Para un panorama general de las mismas vid., G.ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1.953,p.233; LANZA, "Società fra professionisti per l'esercizio impersonale dell'attività intellettuale", *Riv.soc.*, 1.971,pp.560 ss; SANTONASTASO, "Società tra professionisti: temi e prospettive per una indagine", en *Riv.soc.*, 1.974, pp.1023 ss; entre nosotros, PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.678.IV.2,p.1.404.

<sup>50</sup>A menudo se combinan con sociedades de medios. De un caso de este tipo se ocupó la SAP Palma de Mallorca de 22.11.91, citada por J. ALFARO, *Memento Derecho de sociedades 1995-1996*, Madrid, 1.995.

Su *carácter societario* no ofrece duda alguna si se acepta, como aquí se ha hecho, el concepto amplio de sociedad<sup>51</sup>. Normalmente suelen constituirse como sociedades internas, toda vez que no es la sociedad sino los socios individualmente, quienes asumen la prestación de los servicios profesionales. En efecto, los socios no tienen voluntad de actuar conjuntamente en el tráfico, por lo que no pueden calificarse como sociedades profesionales *stricto sensu*. El ejemplo más conocido de esta forma de asociación entre profesionales nos lo proporcionan, sin duda, los despachos convenidos de notarios previstos en el artículo 42 del Registro notarial, en los cuales, se pacta, con eficacia meramente interna, el reparto de los ingresos<sup>52</sup>.

### III. SOCIEDADES DE INTERMEDIACION PROFESIONAL.

1. Las sociedades de intermediación se inmiscuyen en la relación entre el profesional y el cliente como un agente o mediador en la prestación de estos servicios<sup>53</sup>. En efecto, son sociedades que, sin tener por objeto el ejercicio de la profesión, se limitan a poner a disposición del cliente al profesional o profesionales cualificados para la prestación de los servicios

---

<sup>51</sup>En favor de la consideración de verdaderas sociedades: DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1.966,p.634; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II,3 2ªed. Barcelona, 1986, p.390; y refiriéndose especialmente a los profesionales, CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1,p.153-154; PAZ-ARES, *Comentario*, com. art.1.665 III 2,p.1.303, y com.art.1.678, IV,2, p.1.404; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales*, p.37.

<sup>52</sup>Vid. en este sentido las Resoluciones de la DDGRN, de 11 de abril de 1.973, de 23 de julio de 1.982, y de 26 de junio de 1.987, citadas por MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales* p.37. En la práctica, el contenido de estos pactos societarios va más allá del simple reparto de ingresos incluyendo, a menudo, criterios de actuación profesional.

<sup>53</sup>Sobre las mismas vid. L. DEL POZO, *El Nuevo Registro Mercantil: Sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*, Madrid, 1.990, pp.147-149; R. DE BARBARA LLAUDRO, "Delimitación del "objeto" en las sociedades profesionales", en *Hacienda pública española*, n.15, 1972, pp. 89 ss; F. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales" en, *El ejercicio en grupo*, p. 222 ss; PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.678, p.1.404; C.MORENO LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, pp. 35-36.

demandado por áquel. Se produce así una relación triangular entre el cliente, la sociedad y el profesional.

2. El sector económico en el que las sociedades de intermediación se han desarrollado con más vigor es sin duda el sector de los seguros, especialmente en el ámbito de los servicios médicos y jurídicos.

a) En el campo de los servicios médicos, actúan como sociedades de intermediación las compañías de Seguro de asistencia sanitaria, que ofrecen sus clientes un conjunto de infraestructuras -clínicas, hospitales, etc- y un cuadro de profesionales de la medicina para su atención sanitaria (arts. 105 y 106 LCS).

b) En el seguro de responsabilidad civil, la compañía aseguradora suele asumir la “dirección jurídica” del asegurado (art. 74 LCS)<sup>54</sup>, actuando en este punto como una sociedad de intermediación. El carácter mediador se produce en estos casos, porque el asegurador, -la Compañía-, no se encuentra habilitado para dirigir al asegurado como parte en el proceso de reclamación por el perjudicado. La “dirección jurídica” del asegurador se circunscribe a la elección de abogado o procurador para los procedimientos civiles<sup>55</sup>, que,

---

<sup>54</sup>También puede pactarse un seguro de defensa jurídica exclusivamente, introducido por la ley 21/1990, de 19 de diciembre, en el texto de la Ley del Contrato de Seguro. Las normas previstas para este seguro no serán de aplicación a la defensa jurídica realizada por el asegurador de la responsabilidad civil (arg. ex. art. 76.g.1). No es esta una cuestión baladí. En efecto, en la defensa jurídica accesoria del seguro de responsabilidad civil, la “dirección jurídica” es asumida por el asegurador. Por contra, en el seguro autónomo de defensa jurídica, la dirección corresponde al asegurado.

<sup>55</sup>La cuestión que surge de inmediato, es si el asegurador -a quien se le encomienda esta dirección jurídica para actuar en nombre y por cuenta del asegurado- adquiere por ello una especie de representación legal de éste, que le confiere el poder de otorgar poderes para pleitos en su nombre. A juicio de la mejor doctrina esta interpretación debe rechazarse. Las razones de principio que avalan esta postura se basan en que, aún cuando el asegurador opere en defensa no sólo de los intereses propios, sino también del propio asegurado, el principio de la libertad de defensa se concreta, al menos, en el derecho de cualquier persona, parte en un procedimiento, en designar con libertad al abogado y procurador. La LCS confiere al asegurador -salvo pacto en contrario- la “dirección jurídica” frente al tercero que reclama. Por tal ha de entenderse el derecho del asegurador a indicar al asegurado los procuradores y abogados a los que debe encargar la defensa. El asegurado se obliga a colaborar con el asegurador otorgando los poderes necesarios a esas personas. Más el asegurado no se ve privado totalmente de la facultad de designarlas, ya que ha de contarse con su voluntad. Si falla la confianza en ellas, el



como los médicos que trabajan para compañías de seguro de asistencia sanitaria, han sido previamente seleccionados por la compañía aseguradora.

3. Como hemos señalado, la intervención de una sociedad de mediación genera una triple relación contractual:

a) En primer lugar, se celebra un contrato entre la sociedad y el cliente. En el campo médico y jurídico al que nos hemos referido anteriormente el contrato se celebra entre la Compañía aseguradora y el cliente. Aunque ambos se encuentran regulados como contratos de seguro, en realidad, como reconocen las normas correspondientes (arts. 105 y 74 de la Ley de Contrato de Seguro, respectivamente) se trata en esos ámbitos de prestación de servicios médicos o jurídicos. Por tanto, no parece que el recurso al régimen jurídico del contrato de seguro sea de mucha ayuda para resolver los problemas que pueden aparecer en este tipo de relaciones. La calificación más correcta en este punto es, probablemente, la de un contrato de arrendamiento de obra. La sociedad de mediación se compromete, a cambio de un precio, a proporcionar al cliente los servicios de un profesional cualificado o/y la utilización de una infraestructura determinada. La particularidad que el contrato entre la sociedad y el cliente presenta consiste en que la prestación prometida por la sociedad no es ejecutada por el promitente, sino por un tercero<sup>56</sup>. Se trataría pues, de un contrato a cargo de un tercero o promesa de hecho ajeno.

b) La prestación de los servicios profesionales al cliente requiere, por lo tanto, la existencia de un contrato previo entre el profesional y la sociedad de mediación, del que deriva el derecho del cliente a exigir sus servicios. Se trataría, en opinión de un sector doctrinal de un contrato con estipulación a favor de tercero<sup>57</sup>.

---

asegurado podrá revocar los poderes. Esta orientación de considerar necesario un acto de voluntad de asegurado para otorgar personalmente los poderes a los abogados y procuradores del asegurador se ha recogido en las condiciones generales redactadas con posterioridad a la vigencia de la Ley del Contrato de Seguro. Vid. por todos, F. SANCHEZ CALERO, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial* (dirigidos por M.MOTOS/M.ALBALADEJO), T.XXIV, Ley de Contrato de Seguro vol.2º Madrid, 1.985, pp. 553 ss. y allí referencias.

<sup>56</sup> La situación no cambia cuando el profesional está unido a la sociedad por un contrato laboral. Aún en estos casos, la sociedad no es una sociedad profesional en sentido estricto, porque su objeto social no es "operar" o "llevar pleitos" sino poner a disposición de sus clientes profesionales que presten tales servicios.

<sup>57</sup> Así en el campo médico esta es la opinión de J.SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español", RDP, 1.984, p. 678; y *Com.Edersa*, XXIV, Madrid, 1.984, p.550; J.M. FERNANDEZ DEL HIERRO, *Responsabilidad civil médico sanitaria*, Pamplona, 1.984, p.171; L.MARTINEZ CALCERRADA y GOMEZ, "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en *Cuadernos de Jurisprudencia Práctica*, nº5, Madrid, 1.992, p.21. Esta consideración para todo el ámbito profesional es también la de CAPILLA en aquellos casos donde -paralelamente al anterior- la prestación no sea encomendada a un profesional dependiente laboralmente de la sociedad. CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en el *Ejercicio en grupo*, p.225. Por nuestra parte pensamos que aún cuando en un sentido amplio el deber del profesional contratado tenga como contenido una prestación de servicios destinada a terceros, no puede sin embargo

c) Por último, desde el momento en que el profesional presta sus servicios a un cliente concreto y en una ocasión determinada, se entabla entre ambos una relación que, a nuestro juicio, debe calificarse, también, como contractual y de cuya problemática nos ocuparemos cuando examinemos esta relación en el seno de la sociedad profesional<sup>58</sup>.

4. El problema fundamental que este conjunto de contratos presenta es el de la responsabilidad de la sociedad. Tanto el art. 105, como el 74 de la ley del contrato de seguro establecen respectivamente la *asunción directa* de la prestación de los servicios médicos y jurídicos por el asegurador. Sin embargo, ambas disposiciones han de entenderse en los términos indicados en el texto, esto es, como la mera puesta a disposición de los medios materiales y personales necesarios para la asistencia sanitaria y jurídica respectiva. Esta matización tiene un interés práctico evidente desde el punto de vista de la responsabilidad por los daños causados como consecuencia de la prestación de ambos tipos de servicios<sup>59</sup>. Así por ejemplo, sobre la base de la dicción literal del artículo 105 en el caso del fallecimiento del paciente por negligencia médica o quirúrgica, de admitir que quien asume la prestación de los servicios es el asegurador, los causahabientes del asegurado podrían reclamar contra el asegurador en el caso de que tal fallecimiento se haya producido por negligencia profesional. A nuestro juicio, esta postura no puede mantenerse, en cuanto que el asegurado es quien elige al profesional para su curación de entre un amplio cuadro de médicos de una provincia<sup>60</sup>. Siendo el médico el prestador directo de los servicios médicos, éste es el responsable si ha incurrido en culpa o negligencia en el desempeño de su función causando un daño al asegurado. Sólo en aquellos casos en los que exista una relación de dependencia entre el médico y el asegurador, o bien en los que el acto dañoso pueda imputarse

---

considerarse en rigor como un contrato con estipulación a favor de tercero toda vez que en un sentido estricto y desde un punto de vista técnico contratos en favor de terceros son únicamente aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta un derecho a un tercero, que, sin embargo, no ha tenido participación ni directa ni indirecta en la celebración del negocio y que no queda por consiguiente obligado ni vinculado por él. (Así DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Madrid, 1.996, 5ª ed., p.429). Así las cosas parece claro que en nuestro caso el paciente o cliente no es un *tercero* en esa relación, toda vez que interviene activamente celebrando el contrato con la sociedad de mediación y queda obligado por el mismo. En este sentido también E.LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1.988, pp. 305-306.

<sup>58</sup>Vid. *infra* § 27 ss.

<sup>59</sup>En este sentido FERNANDEZ DEL POZO advierte que en el caso de sociedades de intermediación, "la sociedad es un puro agente o mediador en la prestación de servicios de suerte que sólo se responsabiliza de la elección del profesional (...). Cosa bien distinta de cuando la sociedad se interesa en la prestación del servicio profesional haciéndolo suyo: organizando los medios, repartiendo turnos, asociando o contratando a profesionales bajo su dirección y administración, etc...". L.FERNANDEZ DEL POZO, *Nuevo Registro*, p.147.

<sup>60</sup>En la relación asegurador-médico no existe, por regla general, una dependencia de uno frente a otro, de manera que el asegurador no debería ser responsable sobre la base del 1.903 del Cc.

al propio asegurador -como puede ser por el deficiente funcionamiento de un hospital o clínica que es de su propiedad, o bien cuando se trate de personal sanitario dependiente del asegurador- éste será responsable<sup>61</sup>. En los mismos términos ha de interpretarse el significado de la "dirección jurídica" de la compañía aseguradora. Es el letrado o procurador que asume la representación legal del cliente, quien debe asumir directamente las consecuencias de su actuación profesional.

5. No son sin embargo estas sociedades las que ahora nos interesan. En efecto, en el ámbito de la prestación de servicios profesionales cuando se habla de sociedades de intermediación suele hacerse referencia a la construcción societaria ideada por nuestra jurisprudencia registral, al objeto de ahormar la sociedad profesional propiamente tal a las exigencias del ordenamiento societario y profesional. Así es, como la sociedad profesional *stricto sensu* no se considera jurídicamente viable -negándose en consecuencia su inscripción registral- se ha inventado un subrogado que pueda tener cabida en el sistema: las mal llamadas sociedades de intermediación profesional. El caso más extremo nos lo proporciona el enjuiciado en la RDGRN de 2-VI-1986, donde se plantea la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo objeto reflejado en sus estatutos consistía en "*prestar toda clase de servicios y asesoramientos, a empresas o personas físicas, contables, fiscales, jurídicas, de administración, gestión y representación*". La Dirección General admitió la inscripción de tal sociedad. Lo sorprendente, como decimos, es que argumentó su decisión afirmando que se trataba de una sociedad de intermediación y no de una sociedad profesional en sentido estricto, cuando resulta evidente que el objeto

---

<sup>61</sup>Seguimos en este punto el razonamiento de F. SANCHEZ CALERO, en *Comentarios al Código de Comercio*, T.XXIV. Ley de Contrato de Seguro vol.2, pp. 508-509. Como trataremos de demostrar más adelante (*infra*, § 27 ss), aún cuando el profesional actúe en régimen de dependencia laboral, ello no excluye su responsabilidad personal frente al cliente por los daños cometidos como consecuencia de su *mala praxis* profesional.

social descrito es el típico de una sociedad profesional. La solución resulta tanto más criticable por cuanto el centro directivo diferenció correctamente ambas figuras<sup>62</sup>. Tampoco parece correcto afirmar, como hace la resolución criticada, que sea propio de las sociedades de mediación el hecho de que los servicios profesionales sean prestados, no por la sociedad sino por las personas físicas que reúnen las condiciones habilitantes para poder prestarlo porque, como tendremos ocasión de comprobar y como no podía ser de otro modo, también en las sociedades profesionales en sentido estricto, la prestación material de los servicios profesionales corresponde a los profesionales personas físicas<sup>63</sup>. Nos encontramos en definitiva ante un caso de negación de la realidad para salvar una construcción jurídica inaceptable: en lugar de aceptar lisa y llanamente la legitimidad de las sociedades profesionales en sentido estricto bajo formas mercantiles, se califica a la sociedad como una sociedad de mediación. Tal calificación ha generado una práctica viciosa: los particulares que desean constituir una sociedad mercantil profesional suelen abstenerse de reflejar su verdadero propósito en la cláusula de objeto social que describen como actividad de mediación en el sector de los servicios profesionales, bajo la etiqueta de "asesoría", "consulting" o

---

<sup>62</sup> En la Resolución se distingue entre aquellas sociedades mercantiles cuyo objeto social es "una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto, en lugar de al profesional al que la Ley confiere su actuación" y "aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo de intermediaria para que sea éste último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas pedidas", para concluir que sólo las segundas son admisibles "en la mayoría de los casos y siempre que no haya una prohibición legal.". Vid. también un comentario crítico a esta Resolución por J. ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias de profesiones liberales", en el Homenaje al profesor Lacruz, Madrid, 1.992,p.31. En la misma línea F. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en, El ejercicio en grupo, pp.227-228; R.GARCIA PEREZ, Ejercicio en sociedad, pp. 58 ss.

<sup>63</sup>Vid. *infra* § 6.I.

similar<sup>64</sup>. Esto es, *bajo la apariencia de una sociedad de mediación encubren lo que en puridad es una sociedad profesional*<sup>65</sup>. Este encubrimiento no es producto de una voluntad malévola o fraudulenta de los particulares sino la única alternativa razonablemente disponible que, ante el artificio constructivo ideado por la jurisprudencia registral, queda a los particulares para constituir una sociedad mercantil con objeto profesional. En cualquier caso, como puede imaginarse ni el "invento" se compadece con la voluntad de las partes que constituyen la sociedad ni -y esto es lo verdaderamente importante- como tendremos ocasión de comprobar *in extenso*, resulta necesario desde el punto de vista jurídico para hacer viables a las sociedades profesionales.

En el ordenamiento italiano doctrina y jurisprudencia han procedido igualmente a la teoría de la intermediación al objeto de declarar la legalidad de las llamadas sociedades de *engineering*<sup>66</sup>. La razón que ha llevado a calificar a estas sociedades como una variante de las sociedades de intermediación ha sido fundamentalmente la de negar su asimilación a las sociedades profesionales *stricto sensu*, dados los fuertes condicionamientos a los que estas últimas se ven sometidas.

Las *sociedades de engineering* son sociedades de estructura compleja que ofrecen servicios relacionados con la ingeniería -tales como, la puesta a punto de instalaciones industriales, elaboraciones de proyectos, asistencia técnica, control y supervisión de trabajos de construcción, estudios de materias primas utilizadas, control de calidad, cálculo de estructuras, resistencia de materiales, etc-, para cuya realización contratan, entre otros, a profesionales individuales -

---

<sup>64</sup> Denuncian esta situación, L. DEL POZO, *El Nuevo Registro Mercantil*, pp.147-149; R. DE BARBA LLAUD, "Delimitación del "objeto" en las sociedades profesionales", *H.P.E.*, n.15, 1972, pp. 89 ss; F. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales" en, *El ejercicio en grupo* pp.222 ss; la situación se repite en Italia, v., F.SANTONASTASO, "Società tra professionisti", en *Giur.comm.*, 1974,II,p.1010; C.IBBA, "Esercizio associato", en *Riv.dir.civ.*, 1985,II,p.56; SCOTTI CAMUZZI, *Impresa e società nell'esercizio delle professioni intellettuali*, Milano, 1.974,p.23; del mismo autor, "Liceità della società di consulenza?", en *Riv.soc.*, 1.969, pp.62 ss.

<sup>65</sup> Así en la jurisprudencia registral v. la Resolución DGRN de 2-VI-1986 (comentada en el texto a continuación; en doctrina v. DE LA CAMARA, *Estudios de derecho mercantil*, I, 2ª ed., Madrid, 1.978, p.238.

<sup>66</sup> Máximo exponente de esta corriente doctrinal ha sido MONTALENTI, "Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di ingegneria", en *Giur.comm.*, 1986, pp. 851 ss.

fundamentalmente ingenieros-, sea mediante un contrato de trabajo, de arrendamiento de servicios, o de obra<sup>67</sup>.

Es evidente que no se trata de sociedades profesionales en sentido estricto, por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista de su composición subjetiva, porque la figura de los socios no coincide con la de los prestadores de la actividad profesional. En efecto, la propiedad de la sociedad se ostenta generalmente por socios de capital, que utilizan el trabajo intelectual de los profesionales contratados, diferenciándose así claramente el capital del trabajo. Y en segundo lugar y desde el punto de vista de su objeto social, porque el mismo no consiste en la prestación de un servicio profesional, sino en la prestación de un servicio complejo para cuya realización es necesario, sólo en alguno de sus aspectos, la participación de profesionales, adquiriendo de esta forma la actividad profesional un mero carácter instrumental respecto al objeto social dentro del cual se inserta<sup>68</sup>.

Pero a nuestro juicio, tampoco pueden considerarse como verdaderas sociedades de intermediación en cuanto que la prestación

---

<sup>67</sup>L'engineering no se presenta como una figura unitaria. Así suelen distinguirse el llamado contrato de *consulting-engineering*, por el cual la sociedad se compromete a la elaboración de estudios técnicos, a la supervisión, y eventualmente dirección de la realización de un proyecto industrial, quedando excluido del mismo todo abastecimiento de materiales, licencias de patentes o cesión de Know-How. (J.HANSENNE, "De l'engineering a la fourniture de complexes clé sur porte" en *Contrats d'engineering. Rapport préliminaire du groupe de travail belge*, Lieja 1964 apud. A.F.QUEREJETA GONZALEZ, en su tesis inédita, *La società di progettazione*, Bolonia, 1.982-1983, p. 14, la cual me ha facilitado amablemente). Según parece, esta sociedad representa el origen de la figura contractual en la que posteriormente se descompone el contrato de engineering. Fruto de un alargamiento de su actuación aparecen las llamadas *Process-engineering*, a las cuales corresponden además las funciones citadas anteriormente como excluidas del primer tipo de estas sociedades; el *contract-engineering*, dirigido a la realización *apparecchiature* industrial, del material y montaje de las instalaciones, incluyendo a la vez labores de edificación.

<sup>68</sup>Así F.MARINELLI, "Società tra professionisti e associazioni in partecipazione: ovvero della differenza tra avvocati ed ingegneri", en *Giust.civ.*, 1987,I,p.2301 y ss; del mismo autor, "Ancora sulle società di professionisti (ovvero l'illiceità della causa in un negozio di società notarile)", en *Giust.civ.*, 1.986,I,pp.705 ss y. "L'esercizio in forma societaria dell'attività professionale tra realtà normativa e prospettive di riforma", en *Gius.civ.*, 1.986,II,p.386-387; Cass. 30 de enero 1.985,n.566, con nota de F.MARINELLI, "Le società di ingegneria al vaglio della Cassazione", en *Giust.civ.*,1.985,I,p.1947; la misma sentencia en *Nuova giur.civ.comm.*, 1.985,I,p.430 y ss, con nota de C.IBBA; G.ALPA, "Società di ingegneria e contratti di "engineering": verso la svolta di una curiosa vicenda giurisprudenziale", en *Giust.civ.*, 1.980,I,p.2787 y ss; del mismo autor, "Società di ingegneria e contratto di engineering. In margine ad una pronuncia di merito", como nota a la sentencia de 19 de marzo de 1.979, en *Giur.it.*, 1.979,I,c.439 y ss; VACCA, "ancora sulle società di ingegneria, ovvero della distanza fra Milano e Torino", nota de App. Turín 27 de Abril 1.983 y App.Milán 22 de abril 1.983, en *Giust.civ.*, 1.984,I,p.898; R. ROSAPEPE, "Società di ingegneria e società di professionisti", en *Riv.not.*, 1.980, p. 1329 y ss; Trib. Milán de 19 de marzo de 1.979 en *Riv.not.*, 1.979, p.1200 y ss con nota de D'AMBROSIO, "Società di engineering e società tra professionisti", y también en *Giur.comm.*, 1.979, p.578 y ss con nota de BUONOCORE, "Società di progettazione e società fra professionisti: una distinzione necessaria". Sobre el problema y también del mismo autor, "Società professionali e società di progettazione industriale", en *Riv.not.*, 1.979,I,p.1100 y ss; C.IBBA, "Professione intellettuale e impresa (IV: Esercizio associato della professione e società)", en *Riv.dir.civ.*, 1.985,II,p.53; A. di FUSARO, "Legge 23 novembre 1.939,n.1815. Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza", donde hace una amplia referencia a las diferentes posturas doctrinales en torno a las sociedades de ingenieros, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1.985,II,p.88 a 97.

profesional no es objeto de un contrato autónomo con el cliente<sup>69</sup>. En la relación "triangular" típica de las sociedades de intermediación (sociedad/profesional, sociedad/cliente y profesional/cliente) falta la relación directa entre el cliente y el profesional -tal y como sucede en el ámbito médico o jurídico antes citados-. Es la propia sociedad quien actúa como prestataria de los servicios profesionales, quien asume los resultados de la actividad profesional, y quien consecuentemente debe ser responsable directa de los mismos<sup>70</sup>. En este sentido puede afirmarse que se trata de una verdadera "empresa profesional". Los ingenieros, como en su caso el resto de profesionales liberales insertos en la estructura organizativa desarrollan, como hemos dicho, un papel auxiliar. Son simple elementos de una actividad organizada empresarialmente. Nos encontramos en definitiva, ante una empresa capitalista de producción de servicios<sup>71</sup>.

#### IV. EQUIPOS DE PROFESIONALES.

Los que hemos denominado equipos de profesionales constituyen una modalidad de ejercicio coordinado o en grupo de actividades profesionales. Dentro de los mismos nos podemos encontrar con dos modelos fundamentales. De un lado los que podrían llamarse "equipos horizontales", fundados sobre la existencia de una relación de paridad entre sus miembros (v. *infra* a). De otro, lo que podríamos denominar "equipos jerárquicos o verticales", formados por un "jefe de equipo" al que acompañan una serie de personas que actúan en calidad de auxiliares del primero (v. *infra* b).

a) Responden al modelo de "equipos horizontales" aquellos formados por varios profesionales pertenecientes, normalmente, a distintas

---

<sup>69</sup>Contra, CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en grupo*, pp. 223 ss.

<sup>70</sup>Sobre la responsabilidad personal de los profesionales, cualquiera que sea el modo en el que ejerzan su profesión, v. lo que se dirá más adelante en el capítulo dedicado a la responsabilidad en las sociedades profesionales (*infra* § 27 ss).

<sup>71</sup>En el mismo sentido A.F.QUEREJETA GONZALEZ, en su tesis inédita, *Società di progettazione*, pp. 247-252; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.64.

especialidades que intervienen simultánea o sucesivamente en la prestación de un servicio u obra profesional *en condiciones de igualdad*<sup>72</sup>. Estos equipos aparecen cuando es necesaria la participación de varios especialistas para la realización de una obra o la prestación de un servicio profesional concreto. En términos económicos, estos equipos nacen pues, por un coste de especialización. El tratamiento de un caso o la realización de una determinada obra no es ya una tarea que pueda ser realizada solventemente por un profesional porque todos ellos se han especializado a un nivel más intenso.

El origen de estos equipos puede surgir, bien por la voluntad de un cliente de contratar contemporáneamente a una pluralidad de profesionales que van a participar en la realización de la prestación requerida, bien por el acuerdo negocial de los profesionales que deciden coordinar sus actividades individuales para llevar a cabo la actividad solicitada. La pauta más habitual en este último caso es que el cliente se dirija a uno de los miembros del equipo, que, posteriormente, pone en relación al cliente con los demás. Ambos supuestos presentan un punto en común: implican una pluralidad de partes en la prestación del servicio profesional. En efecto, la relación con el cliente no se articula a través de un único contrato, sino a través de una pluralidad de relaciones contractuales -tantas como profesionales participan en el cumplimiento del servicio requerido-. Sin embargo sólo el segundo modelo responde al tipo de *sociedad entre profesionales* que hemos descrito más arriba. Así es, a diferencia del primer supuesto, el nacimiento del equipo

---

<sup>72</sup>Sobre las diferencias con la sociedad profesional vid. en líneas generales, V.BUONOCORE, "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società professionisti", en *Giur.comm.*, 1976,II,p.89; A.LANZA,"Società fra professionisti per l'esercizio impersonale", en *Riv.soc.*, 1971,p.563; D.MAZZUCA, "Le società tra professionisti, problemi e prospettive", en *Dir.Fall.*, 1986,I, pp. 545 ss, 547-548; R. DI MARIO, "Associazioni e società tra professionisti intellettuali", en *Giust.civ.*, 1993, pp. 713 ss, 714-715; M. JIMENEZ-HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, pp. 563 ss.



en este caso se vincula a la voluntad contractual de las partes y no a la voluntad unilateral del cliente, asentándose pues sobre bases negociales. La calificación jurídica de la relación entre los profesionales de este tipo de equipo es, probablemente, la de una sociedad interna manifiesta. En efecto, no hay voluntad entre los miembros del equipo de actuar unificadamente en el tráfico, esto es, en nombre y por cuenta de un sujeto distinto de los miembros que componen el equipo -en esto se diferencian de las sociedades profesionales *stricto sensu*-. Cada uno de los miembros asume una obligación frente al cliente, y al hacerlo, no se arroga representación alguna del equipo en su conjunto<sup>73</sup>. Se le aplicarán, pues, las normas de la sociedad interna. En concreto el mismo parece responder al modelo de sociedad interna "para una empresa señalada"<sup>74</sup>.

Aunque la utilización de estos equipos profesionales es imaginable en cualquier ámbito profesional<sup>75</sup>, es especialmente en el campo de la medicina donde han encontrado mayor aplicación. Los equipos médicos están presentes en el tratamiento de cualquier enfermedad grave que requiera expertos en parcelas concretas del saber médico<sup>76</sup>. Existirá, normalmente, un

---

<sup>73</sup>Existen pues *relaciones contractuales diferenciadas con cada uno de los miembros del equipo*. Cada uno de los profesionales es libre de aceptar o no, el encargo, de abandonar su contrato en cualquier momento -salva su responsabilidad donde falte una causa justa de abandono-, de elegir el concreto modo de desarrollo y ejecución de la prestación, y de un derecho individual a devengar su propio crédito según los honorarios que le correspondan. Así, M.JIMENEZ HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo*, pp. 568-569.

<sup>74</sup>Sobre la diferencia entre sociedad ocasional y sociedad para una empresa determinada vid., PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.680,I,1.p.1.410.

<sup>75</sup>Aunque no se contemplan expresamente con ese nombre, *el derecho de la construcción* es, un campo especialmente propicio a la formación de equipos profesionales -formados por contratistas, arquitectos, ingenieros, técnicos varios y demás personal auxiliar- dedicados a la realización de obras inmobiliarias, instalaciones industriales, etc.

<sup>76</sup>Estos equipos aparecen regulados en el "Código de Ética y Deontología Médica", al margen de la mención esporádica que se contiene en el art. 10.7 de la Ley General de Sanidad. La regulación deontológica trata de garantizar en términos generales que el trabajo en equipo no debilite el cumplimiento de los deberes profesionales por parte de los que forman parte de él. Así, por ejemplo, el artículo 13 establece que "*el trabajo*

"coordinador" pero no hay relaciones jerárquicas entre los distintos profesionales. Además la actividad profesional prestada por cada uno de ellos suele ser perfectamente individualizable respecto de las de los demás<sup>77</sup>.

Así descrita la forma de actuación es claro que deben separarse en igual modo las consecuencias dañosas derivados de unas y otras personas. Esto es, si en el proceso asistencial a un paciente intervienen diversos especialistas en ramas distintas de la ciencia médica, cada uno responde frente al cliente de su parcela correspondiente<sup>78</sup>. En los casos en los que no sea posible determinar la participación de cada especialista en la producción del daño, o cuando revista gran dificultad determinar si una concreta tarea es competencia exclusiva de uno u otro especialista, la doctrina y jurisprudencia afirman que debe establecerse entre todos los miembros del equipo vínculos solidarios<sup>79</sup>. Esta

---

*en equipo no impedirá que el paciente conozca cuál es el médico que asume la responsabilidad de su atención*"; el artículo 17 extiende el deber de secreto a todos los miembros del equipo; el artículo 35.3 trata de preservar la independencia técnica de cada uno de los miembros del equipo. Vid., un comentario de estas reglas en HERRANZ RODRIGUEZ, *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, pp. 174-181. Una regulación legal existe en Derecho francés (arts. 462 y 463 del Código de Salud Pública).

<sup>77</sup>Sobre los mismos vid., J.M.FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, p.169; E.LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, p.32; M.JIMENEZ HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo*, pp. 565 ss; para los aspectos penales, ASIN CARDIEL, "La responsabilidad del trabajo en equipo", p.353, y J.BARREIRO, "Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico", p.362, ambos en la obra colectiva, *Responsabilidad del personal sanitario* (dir. A.J.BARREIRO y D.GARCIA GILLEN), Madrid, 1.994.

<sup>78</sup>Esta solución es la correcta puesto que, en modo alguno, pueden considerarse a los miembros del equipo como auxiliares en el cumplimiento del "coordinador" o reciprocamente auxiliares. Naturalmente, el que hemos llamado "coordinador" del equipo responderá -por hecho propio- de las consecuencias dañosas que se deriven de errores culposos en la tarea de coordinación de la actividad de todos los miembros. De ahí que no sea infrecuente, el que junto con la responsabilidad de un miembro del equipo por incumplimiento, concorra la responsabilidad del "jefe del equipo" por incumplimiento de este deber de control o vigilancia. Así, M.JIMENEZ-HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, pp. 568-569. La crítica que a esta solución hace LLAMAS POMBO parece inaceptable. Según este autor la imposición de responsabilidad por negligencia en la tarea de coordinación y vigilancia sería demasiado gravosa "dado que, a menudo, esta tarea de control no es la única que realiza el jefe del equipo, sino que a la vez tiene a su cargo la ejecución de actos médicos propiamente dichos, que pueden absorber su atención en determinados momentos de la intervención colectiva". Vid., E.LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, pp. 329-331. Naturalmente, si alguien asume una doble tarea, asume igualmente, una doble responsabilidad.

<sup>79</sup>Así, FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, p.172, 188; E.LLAMAS POMBO, *Responsabilidad civil del médico*, pp. 330-331; FERNANDEZ COSTALES, "Las sociedades de médicos", en

inclinación hacia la solidaridad está en consonancia con la tendencia progresiva, dirigida a garantizar un responsable para cada víctima<sup>80</sup>. En otro caso, la falta de determinación del nexo causal entre la conducta de cada profesional y el daño producido al paciente impediría la condena a ninguno de ellos con la consiguiente desprotección de las víctimas de conductas negligentes. No obstante lo anterior, el sujeto demandado puede defenderse probando su no culpabilidad<sup>81</sup>. Naturalmente, el sujeto que ha pagado por entero puede actuar el derecho de reintegro contra los restantes miembros del

---

*El ejercicio en grupo*, p. 375; J.PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, 1977, pp. 302-304. En Jurisprudencia vid. STS 8 febrero 1983, y especialmente la sentencia de la A.P. de Madrid, de 3 de julio de 1992 (R.A. 1125), que resuelve un supuesto de incumplimiento contractual por parte de los facultativos, reconociendo la responsabilidad solidaria de los miembros del equipo actuantes. La Audiencia pasa por alto las diversas relaciones del paciente -o sus representantes legales (al tratarse de un menor)- con cada uno de los miembros del equipo, así como los diversos cometidos de cada uno de ellos. Desde un plano opuesto, La Audiencia prefiere referirse al equipo médico como tal unidad (F.D. 2º y 5º), para llegar a declarar su responsabilidad solidaria. Dicho pronunciamiento nos interesa en su F.D. 10º cuando se expresa en los siguientes términos: "Se trata de una operación médica hecha en equipo, sin que ninguno de los integrantes del mismo alegue un hecho concreto impeditivo de la normal responsabilidad civil expresada, ni hayan aportado prueba suficiente para establecer una exoneración específica y atribuible a uno de ellos en concreto de la responsabilidad contractual y expresada. En este punto y al no tratarse de una culpabilidad de tipo penal, sino la contractual civil atinente a quienes conjuntamente efectuaban una sola prestación, procede aplicar la solidaridad por las razones expuestas (...), y en consecuencia declarar la responsabilidad solidaria de todos los miembros del equipo médico que efectuó la intervención".

<sup>80</sup> A. CRISTOBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, 1985, p. 28. En la misma línea se manifiesta J.CADARSO PALAU, *Responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1.978, p.309, cuando afirma, en relación a la responsabilidad solidaria de las personas incluidas en el art. 1.591 C.c. que, "la tendencia a una mayor severidad en la apreciación de la responsabilidad de los profesionales de la construcción, y paralelamente la disposición de favor hacia la víctima son factores que contribuyen en forma considerable a legitimar la posición que, tanto en doctrina como en jurisprudencia, se muestra propicia a la solidaridad, cuando concurriendo varios sujetos responsables, no es posible discriminar la parte de cada uno de ellos en la causación del daño". Sobre la justificación de la solidaridad entre profesionales vid. más detalladamente lo que se dirá en *infra* § 32, a propósito de la responsabilidad en las sociedades profesionales.

<sup>81</sup> Esto es precisamente lo que sucedió en la sentencia de la A.P. de Madrid, de 3 de julio de 1992 (R.A. 1125), mencionada anteriormente (nt. 79), en relación al jefe de Anestesiología del centro que realizó los estudios preoperatorios del acto quirúrgico, y dió el visto bueno para la intervención. El tribunal, no obstante declarar la responsabilidad solidaria del equipo médico, absuelve al citado jefe de Anestesiología al resultar probado que no formaba parte del equipo que efectuó la operación.

equipo en la parte proporcional de la participación culposa en la producción de daños de cada uno<sup>82</sup>.

b) Junto a los equipos profesionales articulados sobre bases negociales, puede hablarse también de equipos profesionales en aquellos supuestos en los que la relación entre los profesionales no se fundan sobre relaciones de total paridad, sino que se caracterizan por la presencia de colaboradores que participan como auxiliares de quienes actúan verdaderamente como profesionales liberales, quedando los primeros relegados a un segundo plano, recibiendo a cambio una contraprestación económica. Equipos que hemos denominado "jerárquicos" o "verticales" para diferenciarlos de los anteriores. Ejemplos claros de estos supuestos pueden encontrarse en las relaciones denominadas de pasantía, muy frecuentes en la abogacía, o en los casos de realización de operaciones quirúrgicas por "equipos de quirófano", donde junto al cirujano-jefe participan otros profesionales en calidad de sus auxiliares (enfermeros, etc). El carácter no asociativo de estas relaciones y su frecuente incardinación en el ámbito laboral -o en su caso, en la esfera civil configurándose como contratos de arrendamientos de servicios- aleja estos supuestos de las que hemos denominado *sociedades entre profesionales* que ahora nos ocupan. Sus problemas concretos se solventarán de acuerdo con la normativa laboral o civil que resulte aplicable<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup>M.JIMENEZ-HORWITZ. "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo*, p.569.

<sup>83</sup>Para una primera aproximación en el ámbito de la pasantía vid. S.GONZALEZ ORTEGA, "Competencia: relación entre abogado principal y pasante", en *Rev.pol.soc.*, n.º.120, 1978, pp. 309-315. MONTROYA MELGAR/CAMARA BOTIA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Colección Jurisprudencia práctica, n.º6, Madrid, 1990, donde se recoge una amplia referencia jurisprudencial al respecto. Los equipos médicos "verticales" se contemplan asimismo en la bibliografía citada a propósito de los que hemos denominado "equipos horizontales".

## V. CONTRATOS DE CUENTAS EN PARTICIPACION.

1. Finalmente conviene aludir a las cuentas en participación. Aunque no se trate de una fenomenología muy extendida en el ámbito profesional, el hecho de que esta figura pueda incardinarse en el tipo de sociedad entre profesionales aconseja -siquiera brevemente- llamar la atención sobre la misma<sup>84</sup>.

2. Como es sabido, por el contrato de cuentas en participación una persona -cuenta partícipe- contribuye a financiar un negocio u operaciones realizados por otro -gestor- que bajo su exclusivo nombre y responsabilidad ejercita, a cambio de una participación en los resultados de la operación/es en las que participa.

Las motivaciones económicas que pueden llevar a los profesionales a concertar este contrato son las que justifican el mismo en general: el hecho de que el gestor -en nuestro caso, profesional-, necesite recurrir a una financiación externa para el ejercicio de su actividad, pero al mismo tiempo quiera evitar el gravamen que significa tener que restituir el capital prestado y pagar intereses con independencia del resultado de su actividad. Las cuentas en participación constituyen pues, una alternativa ventajosa en estos supuestos al hacer participar al inversor del riesgo derivado del ejercicio de la actividad profesional, ya que el cuenta partícipe solamente verá retribuida su aportación

---

<sup>84</sup>Sobre la utilización de la misma en el ámbito profesional en el marco del derecho comparado, vid. un apunte en GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.46.

en el caso de que el profesional obtenga beneficios netos de la misma<sup>85</sup>. Para el cuentapartícipe será una opción apetecible cuando la rentabilidad esperada de las cuentas compense el mayor nivel de riesgo de éstas en comparación con el préstamo o cuando la participación en la actividad como socio no sea una alternativa deseable o posible legalmente<sup>86</sup>.

3. El principal obstáculo que suele oponerse a la utilización de esta figura por profesionales es la *condición de comerciante* de los intervinientes, considerada por la doctrina como nota definitoria del contrato<sup>87</sup>. A nuestro juicio este argumento no puede compartirse sin graves reservas. Si bien la condición de comerciante de los intervinientes es un *requisito típico* del negocio, *no es, sin embargo, un elemento esencial* del mismo<sup>88</sup>. Desde este

---

<sup>85</sup>Ello permite calificar a las cuentas en participación como un *negocio de carácter mixto* que participa de las notas tanto del negocio de préstamo como expresión del modelo del sistema de mercado, como de la sociedad como manifestación del modelo de empresa. En efecto, el cuenta partícipe entrega una cantidad determinada al gestor (como en el préstamo: financiación externa *Fremdkapital*; V. K.SCHMIDT, "Die kreditfunktion der stillen Einlage", ZHR 140 1.976, pp. 475 ss), pero sin embargo este último no debe además de devolver la cantidad recibida, satisfacer un interés previamente determinado, sino que el cuenta partícipe se hace acreedor en la proporción que hayan pactado de los resultados de la operación participada. El cuenta partícipe en este aspecto comparte las mismas notas características de un socio. Este carácter mixto es apuntado por GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I-1, Madrid, 1947, pp.186-187; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1542: *Ihrer wirtschaftlichen Funktion nach kann also stille Gesellschaft auf der eien Seite einem Darlehn, auf der anderen Sete einer Handelsgesellschaft nahe stehen*. El carácter mixto de esta figura produce el que la misma pueda configurarse con caracteres más o menos acentuados de cada uno de las formas de organización en las que se basa. Esto ha dado lugar en la doctrina alemana a que junto con lo que se ha denominado *typischen stillen Gesellschaft* (con cuya denominación se pretende hacer referencia al *gesetzlichen Idealtypus*), existan en la práctica variantes de la misma hablando entonces de las *atypischen stillen Gesellschaft*. Sobre las principales variantes de esta figura vid. H.P.WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlin-Heidelberg-New York, 1.970, pp. 314 ss; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, pp. 1548 ss.

<sup>86</sup>GARRIGUES, *Tratado*, p.156-187.

<sup>87</sup>Condición de comerciante que cuando menos viene exigiéndose mayoritariamente al menos en relación al gestor. Así GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, III, vol.1, Madrid, 1.964, p. 189; GIRON TENA, *Sociedades Mercantiles* (Lecciones), 2ª ed., Valladolid, 1962, p. 256; A.J. SERRA MALLOL, *El contrato de cuentas en participación y otras formas societarias mercantiles*, Madrid, 1.991, p.36; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, München, 1.978, p.33; H.KLAUSS/R. MITTELBACH, *Die stille Gesellschaft*, Rhein 1.980, p. 35.

<sup>88</sup>En este sentido, admiten también que el gestor no sea comerciante. M.A.GUAL DALMAU, *Las Cuentas en participación*, Barcelona, 1.993, pp. 187-190; con referencia expresa a la utilización de esta figura en el

punto de vista no debe haber pues, impedimento alguno para que los profesionales utilicen esta forma de colaboración. Dos son las razones. En primer lugar, porque los profesionales podrían acogerse, en todo caso, a las posibilidades que brinda el art. 1.670 Cc, que incluye también las cuentas en participación. En segundo lugar, porque dado que las cuentas en participación es una sociedad meramente obligatoria, sin trascendencia externa, su constitución requiere únicamente la voluntad de los contratantes, como se desprende del art. 1255 CC<sup>89</sup>.

Así las cosas parece claro que en el ámbito que nos ocupa, cuentas en participación pueden contratarse, bien entre un particular y un profesional liberal, bien entre dos profesionales<sup>90</sup>.

a) En el primer caso, un particular, ya sea comerciante o no, proporciona a un profesional liberal el capital necesario, bien para instalar su estudio, despacho o consulta profesional, bien sea para facilitarle la adquisición de determinados bienes necesarios para el ejercicio de su profesión, recibiendo a cambio una participación en sus ingresos profesionales, y asumiendo hasta el límite de su aportación la responsabilidad por las deudas que pudiera contraer la contraparte.

La participación de un partícipe *que no sea profesional, o al menos, que no lo sea de la misma categoría que el gestor* ha sido no obstante puesto en

---

tráfico civil. LANGLE, "Problemas jurídicos", AAMN, 1.950.II, pp.202-203; del mismo autor "Las cuentas en participación. Prevenciones contra sus peligros", RGLJ, 1.945. pp. 394 ss.

<sup>89</sup>En este sentido PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.670, IV,3, pp.1.384-1.385; FERNANDEZ DE LA GANDARA, voz "Cuentas en participación", en *Enciclopedia jurídica Básica*, II, p. 1.483. Contra SERRA MALLOL, *El Contrato de cuentas en participación*, p. 44

<sup>90</sup>En ambos casos, las posiciones de cuentapartícipe y de gestor pueden ser ocupadas por varias personas, aún cuando es cierto que nuestro Código supone que se trata de una sola. Vid. SERRA MALLOL, *El contrato*, p.36; SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, 1.978, p.33; K.SCHMIDT, "Die Vertragsparteien bei der stillen Beteiligung", DB, 1.976, p. 1705 ss); K.SCHMIDT, *Gesellschaftrecht*, p. 1545; H.KLAUSS/R. MITTELBACH, *Die stille Gesellschaft*, Rhein 1.980, p. 35.

entredicho por la doctrina "dada la prohibición frecuente, en las normas deontológicas de dar participación a terceras personas en los honorarios"<sup>91</sup>. Los argumentos sobre los que se hace descansar la prohibición de participación del tipo de socios recién indicados son los mismos que se aducen contra la admisibilidad de las sociedades profesionales mixtas -compuestas por profesionales y quienes no lo son- y contra la admisibilidad de sociedades profesionales multidisciplinarias -compuestas por profesionales de distintas categorías-. A saber: posible anteposición de intereses meramente capitalistas sobre intereses profesionales, riesgo de intrusismo profesional, etc.; argumentos todos ellos que, como tendremos ocasión de comprobar *in extenso* en el capítulo siguiente, resultan perfectamente soslayables.

b) El segundo de los supuestos, con las mismas características que el anterior, se constituye cuando el contrato se celebra entre dos profesionales, asumiendo uno de ellos la posición de partícipe y el otro de gestor. Este sería el supuesto encajable en la figura de la *sociedad entre profesionales*, que como tal, se estructura como una sociedad interna. En estos casos es obvio que, si ambos asociados ejercen profesiones diferentes, la existencia de las cuentas en participación no autoriza a ninguno de ellos para ejercer la actividad propia del otro. El problema consiste, en estos casos, en determinar si, siendo profesional de la misma actividad el cuentapartícipe, podrá prestar servicios profesionales a los clientes del profesional-gestor. La respuesta es también negativa. La actividad profesional debe realizarse exclusivamente por el socio gestor, quien tampoco puede utilizar en su caso la reputación o el crédito del cuentapartícipe para aumentar su contratación con terceros. Si el cuentapartícipe apareciera ante los clientes como prestador de los servicios

---

<sup>91</sup> Así CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en grupo*, p.231; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.47.



profesionales habría que considerarlo responsable ilimitadamente frente a los mismos de modo semejante al gestor.

4. Admitida la contratación de cuentas en participación como instrumento para financiar la actividad profesional, lo cierto es que, como venimos diciendo, el recurso a esta figura en el ámbito profesional resulta ciertamente escasa. La razón probablemente descansa en los elevados costes de control del financiador sobre la conducta del gestor. De ahí que sólo asistamos a contratos de cuentas en participación con profesionales en aquellos casos en los que, por la forma en que se prestan los servicios profesionales, el cuentapartípe puede obtener a bajo coste la información sobre los ingresos del profesional. Así, por ejemplo, en los casos que ejemplifica la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1984 (Ar.3350/1980), donde un médico "para ejecutar su profesión de médico estomatólogo sin necesidad de instalar una organización técnica" convino con cierta clínica que la misma pusiera a su "disposición toda suerte de elementos, instalaciones, organización e inclusive clientela", de modo que el médico organizara la prestación "de sus servicios y asistencia a la clínica cómo y cuándo estimara(ra) oportuno, sin tener que sujetarse a horarios o asistencias determinadas", entregando a cambio a la clínica un porcentaje de sus honorarios brutos<sup>92</sup>. Al llevar a cabo su actividad en el ámbito espacial y organizativo de la clínica, ésta tenía a su disposición la información necesaria para controlar el volumen de ingresos efectivamente obtenidos por el profesional. Fuera de estos casos, como decimos, el recurso a esta figura no resulta frecuente en el ámbito profesional.

---

<sup>92</sup> Similar la sent. TS.SOC. de 28 de septiembre de 1982 (Ar.5294).

#### § 4. La sociedad profesional en sentido estricto.

1. Junto a las que hemos llamado *sociedades entre profesionales* se sitúa la *sociedad profesional en sentido estricto*. Como hemos adelantado, en términos generales pueden definirse como aquellas sociedades externas cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales a través de sus socios<sup>93</sup>. A partir de esta definición sus elementos característicos pueden sintetizarse como sigue:

a) Se trata de sociedades cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales en el mercado. Servicios profesionales, para los que existe un principio de "reserva de actividad", esto es, sólo pueden ser llevados a cabo por personas que hayan obtenido el correspondiente título de habilitación y se encuentren inscritas en un Colegio profesional.

b) Los socios son profesionales cuya obligación principal es la aportación de su actividad profesional.

c) La sociedad ostenta personalidad jurídica de modo que los derechos y obligaciones que se derivan de su actividad se imputan directamente a la sociedad que se presenta a los terceros como "el profesional".

d) Por último, el fin social es la obtención de lucro repartible entre los socios.

Como hemos anticipado, en realidad es ésta la verdadera sociedad profesional y la única que en rigor se halla necesitada de regulación. En las páginas que siguen nuestros esfuerzos se dirigirán a dar carta de naturaleza a estas sociedades en nuestro ordenamiento y despejar las graves

---

<sup>93</sup>Las definiciones que de la sociedad profesional se han ido aportando por la doctrina coinciden en lo esencial con la aquí propuesta. Así, en nuestra doctrina vid. CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en grupo*, p.64; MORENO LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, pp. 40-41; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 64-65.

incertidumbres que han venido acumulándose en torno a la licitud o regularidad de la figura.



## CAPITULO SEGUNDO.

### VIABILIDAD JURIDICA DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL *STRICTO SENSU.*

#### § 5. Planteamiento.

1. La legitimidad de la sociedad profesional caracterizada en los términos recién indicados no es una cuestión pacífica y la polémica ha provocado resultados perniciosos. En efecto, las reservas doctrinales respecto al ejercicio societario de las profesiones liberales se han reflejado en un parco y dudoso reconocimiento legislativo. Así, aún cuando nuestro legislador contempla en el artículo 1.678 CC la posibilidad de constituir sociedades "para el ejercicio de una profesión", cuando se trata de las que hemos dado en llamar profesiones liberales, su admisibilidad ha venido siendo tradicionalmente puesta en entredicho<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup>Situación esta que se repite también en otros ordenamientos de derecho comparado. Así por ejemplo el derecho belga no cuenta tampoco con una regulación de las mismas, si bien existe un proyecto de ley de 1.985 que aborda su regulación. Sobre el mismo, v. CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: Les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en el libro colectivo *L'exercice en société des professions libérales*, pp. 303 ss. Especial referencia merece Italia, país donde no existiendo tampoco una regulación general al respecto, se han suscitado las mayores discusiones acerca de la viabilidad o no de la constitución de sociedades profesionales para el ejercicio de la profesión. La polémica se ha producido a raíz del artículo 2232 del *codice civile* (que requiere que la prestación profesional sea efectuada personalmente por el profesional. Los argumentos a propósito de esta cuestión serán tratados más adelante [v. *infra* I]). Pero sobre todo, ha sido la interpretación de los dos primeros artículos de la ley de 23 de Noviembre de 1939, n.º 1815 *Relativa alla disciplina degli studi di assistenza e consulenza*, la que ha generado el el gran debate doctrinal y jurisprudencial al respecto. En el primero de los artículos mencionados se prescribe la necesidad de que "*Le persone che, munite dei necessari titoli di abilitazione professionale, ovvero autorizzate all'esercizio di specifiche attività in forza di particolari disposizione di legge, si associano per l'esercizio delle professioni o delle altre attività per cui sono abilitate o autorizzate, debbono usare, nella denominazione de loo ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di "studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario, seguita dlla nome e cognome, coi titoli professionale, dei singoli associati"*". El segundo prohíbe expresamente "*costituire, esercire o dirigere, sotto qualsiasi forma diversa da quella di cui al precedente articolo, società, istituti, uffice (...), i quali abbiano lo scopo di dare, anche gratuitamente, ai propri consociati od a terzi, prestazioni di assistenza o consulenza in materia tecnica, legale, commerciale, amministrativa, contabile o tributaria"*". A partir de la redacción de ambos artículos, la admisibilidad de las sociedades profesionales ha suscitado opiniones para todos los gustos. Un amplio estudio sobre el panorama general en torno al mismo puede consultarse en C.IBBA, "Esercizio associato della professione e società", *Riv.dir.civ.*, 1.985,II, pp.53-144, con abundante bibliografía doctrinal y jurisprudencial al respecto. En una

2. El centro de la polémica se encuentra en la alegación de que la *personificación jurídica* de la sociedad es incompatible con el régimen estatutario del profesional liberal. En este sentido se afirma que no se pueden

---

apretada síntesis las principales corrientes de opinión pueden ordenarse como sigue. En primer término debe destacarse la opinión de aquellos que entienden que la admisibilidad de las sociedades que nos ocupan no puede estudiarse tomando como referencia la interpretación de los dos artículos mencionados, toda vez que ambos han sido derogados tácitamente por la entrada en vigor del código civil de 1.942 (Así, M.FERRATA, "L'abrogazione della legge relativa all'esercizio degli studi associati di assistenza e di consulenza", en *Foro it.*, 1.975, V, p.237). En una línea parecida no faltan tampoco las opiniones de quienes ponen en duda la constitucionalidad de la ley (entre otros, SANTONASTASO, "Le società tra professionisti al vaglio della Corte costituzionale", en *Giur.comm.*, 1.974, pp. 443 ss). Dentro de los autores -la gran mayoría- que admiten la legítima vigencia de la ley (un comentario crítico a las posturas anteriores puede verse en RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, Milano, 1.985, p.24), las opiniones difieren. Ordenadas de menos a más en cuanto a su toma de postura en orden a la admisibilidad de las sociedades profesionales, nos encontramos en primer término con aquellos que rechazan frontalmente la viabilidad de las mismas (P.MONTALENTI, "Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di engineering", en *Giur.comm.*, 1.986,II,pp.850 ss.) Otros autores entienden que la prohibición del ejercicio societario está referida únicamente a las profesiones "protette", no a las demás (GALGANO, *Società in genere. Società di persone*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, XXVIII, Milano, 1.982, pp. 24-28). Una interpretación más flexible es la de aquellos que entienden que la finalidad de la ley con la exigencia de nombres y apellidos no es sino evitar actividades desarrolladas anónimamente impidiendo así el ejercicio de la profesión por personas que carezcan de la debida habilitación profesional. Desde estas posiciones se entiende pues, que el propósito del legislador es únicamente evitar la sociedad anónima de profesionales (DI FRANCIA, "Considerazioni in tema di società di progettazione industriale e società di mezzi", en *Rivista di Diritto Fallimentare e delle società*, 1.984, II, p.347; FERRI, "La società di professionisti", *Riv.Dir.Comm.*, I, 1.972, p.236; SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milano, 1.977, pp. 118, 120, 158-159). Una posición más avanzada la ocupan aquellos que defienden que la finalidad de la ley es simplemente la de regular la forma de exteriorizar el grupo frente a los terceros, imponiendo así un contenido obligatorio de la razón social. Bajo esta perspectiva, siempre que se respete dicho límite cualquier forma societaria debe ser admitida (Así, BUONOCORE, "Primi orientamento della giurisprudenza onoraria in tema di società professionali", en *Giur.Comm.*, 1.976-II, p.97). La discusión doctrinal como vemos está servida. Tampoco la jurisprudencia de aquel país ha permanecido ajena a la misma, existiendo multitud de sentencias con orientaciones en todos los sentidos (v. abundantes referencias en C.IBBA, "Esercizio associato", *Riv.dir.civ.*, 1.985,II, pp.101 ss). El amplio debate ha originado asimismo la sucesión de diversos proyectos de ley que, con una posición cada vez más flexible abordan el tema de las sociedades profesionales. Desde 1973 hasta 1990 se han sucedido cuatro proyectos: (Proyecto 1102 de 11 de mayo de 1973; n. 898 de 16 de julio de 1987; n.249 de 1 de julio del 1.988, y nº. 4565 de 8 de febrero de 1990. Mientras que los dos primeros únicamente admitían el recurso a la *società semplice* para el ejercicio de la profesión, los dos últimos abren la posibilidad de que los profesionales se acojan también a la sociedad colectiva, comanditaria simple y por acciones, y cooperativa. Estos proyectos, salvo el último han sido transcritos al final de la obra de A.MAZZUCA, *Le società di professionisti*, Milano, 1.990, pp. 153-211. Para un examen comparativo de sus contenidos, v. G.AMADIO, "L'esercizio associato della professione intellettuale tra presente e futuro: le prospettive di una riforma", en *Riv.dir.civ.*, 1990,II,p. 663 y ss. En otros ordenamientos europeos, como el francés, alemán o inglés, así como en Estados Unidos, la agrupación de los profesionales para el ejercicio conjunto de la profesión, también ha suscitado durante años una viva polémica al respecto, si bien en la actualidad todos los estados mencionados cuentan con una regulación específica para el ejercicio colectivo de la profesión. Es por ello que consideramos más oportuno remitir la situación concreta de cada uno de estos ordenamientos a otro lugar donde se tratará de forma específica la integración de la actividad profesional en cada uno de los diferentes tipos sociales (*infra* §10 ss), reflejando entonces las formas sociales por las que los legisladores de estos países han optado para el ejercicio societario profesional.

salvaguardar los valores que están detrás del ejercicio de las profesiones liberales (personalidad en la prestación, independencia en el ejercicio, responsabilidad personal, etc.), si se permite que los sujetos de imputación sean personas jurídicas (v. *infra* § 6). Además, se examinarán las objeciones que en un sentido u otro se han planteado respecto de la *composición subjetiva* de estas sociedades, tales como, la pretendida imposibilidad de admitir la participación de no profesionales; la agrupación de profesionales de distintas ramas en la misma sociedad; y la aptitud de las personas jurídicas para ser socias de este tipo de sociedades (v. *infra* § 7). Por último, nos referimos al *fin lucrativo* de la sociedad profesional y su supuesta incompatibilidad con el carácter desinteresado que, tradicionalmente, se ha atribuido al ejercicio de la profesión liberal (v. *infra* § 8).

Como tendremos ocasión de comprobar la fuerza de estas objeciones tradicionalmente opuestas contra la admisibilidad de las sociedades profesionales es más aparente que real. En efecto, trataremos de demostrar la perfecta coherencia de la sociedad profesional con los principios básicos del ordenamiento societario y del ordenamiento profesional.

## **§ 6. El problema de la personificación jurídica de las sociedades profesionales.**

La configuración de las sociedades profesionales como sociedades externas es, sin duda, la nota definitoria de éstas que mayores objeciones ha suscitado. Como tales, las sociedades profesionales tendrían personalidad jurídica distinta de la de sus socios con lo que se plantea el problema, no de si el ente social posee aptitud natural para desarrollar materialmente la actividad profesional, -que obviamente no la tiene-, sino de si, a la vista del carácter

personal de la prestación de servicios profesionales, puede imputarse al ente la titularidad de los servicios llevados a cabo por los profesionales socios<sup>95</sup>. Lo que interesa descubrir es, en otros términos, si es posible conservar los caracteres propios de la prestación personal cuando es un ente social el sujeto jurídico de la relación.

La postura tradicional ha sido francamente hostil. También lo ha sido la jurisprudencia registral<sup>96</sup>, y ocasionalmente las propias instancias corporativas, que se han llegado a manifestar en términos tan tajantes como los que siguen: "En modo alguno se permitirá el ejercicio de la profesión libre en nombre de una sociedad o asociación que tenga personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, o que tenga una finalidad mercantil"<sup>97</sup>. Los argumentos se han centrado sobre cuatro de las notas que configuran el estatuto jurídico del profesional liberal. Así se afirma que el ejercicio societario de la profesión es incompatible, en primer lugar, con el carácter personalísimo de la prestación profesional (I); en segundo lugar, con la exigencia de titulación y colegiación de los profesionales (II); en tercer lugar, con la independencia profesional (III) y, por último, con la necesaria responsabilidad personal del profesional actuante (IV). Como trataremos de demostrar todas ellas resultan soslayables.

---

<sup>95</sup> Así lo plantea CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, p.234; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.142. En los mismo términos se expresa FERRI, al afirmar que de lo que se trata es de averiguar "si el Ordenamiento consiente puntualizar sobre el grupo de profesionales como tal, una actividad que ontología y jurídicamente es propia de las personas físicas; " FERRI, "La società di professionisti", *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1.974, vol.IV, pp. 3343-3358, 3352.

<sup>96</sup> Vid. referencias en notas posteriores.

<sup>97</sup> Artículo 5 del *Reglamento de normas deontológicas de actuación del arquitecto*, aprobado por la Asamblea General de Juntas de Gobierno de los Colegios de Arquitectos, de 7 y 8 de mayo de 1.971, todavía vigente. Para una crítica de la norma, cuyo incumplimiento es patente en el ámbito profesional al que está destinada, v. J.CADARSO PALAU, "La sociedad profesional de arquitectos", en *Ejercicio en grupo*, pp. 385 ss, esp. 390.



## I. CARACTER PERSONALISIMO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.

1. Un primer argumento contra la admisibilidad de sociedades profesionales suele vincularse al *carácter personalísimo de la prestación de los profesionales*. Dado que los profesionales deben prestar personalmente sus servicios<sup>98</sup>, y las relaciones entre cliente y profesional son relaciones fiduciarias, resulta imposible -se afirma- articular una relación directa entre el cliente y la persona jurídica.

Es cierto -y no se discute aquí- que el cliente selecciona a un profesional concreto porque confía en que está dotado de las cualidades profesionales y morales que lo hacen idóneo para la prestación de los servicios buscados. Es lógico pues que se considere implícita una obligación de ejecución personal de la prestación por parte del profesional<sup>99</sup>. Sobre esta

---

<sup>98</sup>Si bien tal y como afirma CAPILLA esta obligación del profesional de cumplir personalmente la prestación parece más bien derivarse de la "naturaleza de las cosas", toda vez que la misma no viene impuesta en nuestro ordenamiento con carácter imperativo (CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, art.1.678, p.156). No sucede lo mismo en el ordenamiento italiano, donde el artículo 2.232 del Cc italiano, señala expresamente en su primer inciso que el profesional intelectual debe "*eseguire personalmente l'incarico assunto*".

<sup>99</sup>Ha de aclararse no obstante, que al carácter personal de la prestación profesional, no se contrapone el hecho de que el profesional pueda avalarse para el cumplimiento de su encargo, y en los límites que le esté permitido, de colaboradores o sustitutos. En este sentido sobre el deber del profesional de ejecutar personalmente el encargo, sin que a ello obste la ayuda de auxiliares vid. en nuestra doctrina, J.L.LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II.3º, Barcelona, 1.986, pp.314-315. Asimismo, en el campo estatutario profesional, es frecuente, no obstante las disposiciones que prevén un ejercicio personal de la profesión, aquellas otras que autorizan a los profesionales a valerse de la ayuda de auxiliares y colaboradores. En este sentido el artículo 54 del Estatuto General de la Abogacía, autoriza a los abogados a auxiliarse "*de sus colaboradores u otros compañeros*". Vid. un interesante comentario en relación a las notas de sustituibilidad y cooperación en la actividad profesional de los abogados, así como abundantes referencias jurisprudenciales en MONTOYA MELGAR/CAMARA BOTIA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, pp.16-18. Vid. así mismo una lista de disposiciones estatutarias que permiten a los distintos profesionales la facultad de ayudarse en el cumplimiento de sus funciones de auxiliares o colaboradores, proporcionada por F.CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales" en *El ejercicio en grupo*, pp.245-246. En la doctrina italiana, donde como ya hemos puesto de manifiesto (nt.94) se ha originado una viva polémica entorno a la compatibilidad de la actividad profesional con el ejercicio societario, resulta también pacífico el hecho de que los profesionales puedan avalarse de la ayuda de colaboradores o auxiliares. Es el propio artículo 2232 del Cc italiano (situado en el capítulo II "Delle professioni intellettuali", Tit.II, Libro IV), el que no obstante exigir la prestación personal del profesional, consiente la colaboración de sustitutos y auxiliares siempre que esta sea consentida en el contrato y no resulte incompatible con el objeto de la prestación, estableciendo expresamente que dicha colaboración debe quedar siempre bajo la dirección y responsabilidad del profesional que asume el encargo. La nota del

base se concluye que el ejercicio de la actividad en forma societaria destruiría la posibilidad de una relación personal entre el cliente y el profesional e impediría que la ejecución personal de la prestación por parte del profesional elegido estuviera garantizada. Dentro de una sociedad profesional, la actividad sería realizada en común por los profesionales, y por tanto "impersonalmente"<sup>100</sup>. La "despersonalización" de la actividad profesional, provocaría consecuentemente la pérdida de confianza del cliente<sup>101</sup>. En

---

personalismo, no quiebra pues, por la ayuda de auxiliares. Vid. al respecto los interesantes comentarios de SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, pp.261-262; SCHIANO DI PEPE, "Spunti per una riflessione in tema di società tra professionisti", *Riv.not.*, 1976, p.972.

<sup>100</sup>Vid. en este sentido, GALGANO, *Il contratto de società. Le società di persone*, Bolonia, 1980, p.10; Id., *Diritto Commerciale. Le società*, Bolonia, 1992, p.10; LANZA, "Società fra professionisti per l'esercizio impersonales dell'attività intellettuale", en *Riv.soc.*, 1971, pp.563-564, cita abundante bibliografía al respecto; SANTONASTASO, "Società tra professionisti: temi e prospettive per una indagine" en *Riv.soc.*, 1974, p.1021; SPADA, "Tipicità della società e società e associazioni "atipiche fra professionisti" *Giur.comm.* 1977, I, p.127, 162, 178; STOLFI, "Struttura e natura giuridica della società di professionisti" en *Riv.dir.comm.*, 1975, p.133-134; FERRI, "Le società di professionisti" en *Riv.dir.comm.*, 1972, I, p.238-239; CASANOVA; ADRAGANA; MONTALENTI; PELLEGRINO; DI SABATO; MARASA; R. PAVONI; ROSSI; ZANELLI; PAVONE LA ROSA; GRAZIANI, etc. todos ellos con referencias bibliograficas concretas en IBBA, "Esercizio associato della professione e società", en *Riv.dir.civ.*, 1985, II, p. 128; D.MAZZOCA "Le società tra professionisti, problema e prospettive", en *Riv.dir.fallimentare*, 1986, I, p.54. En la doctrina alemana, se aludió en su momento a la "Austauschbarkeit" (intercambiabilidad) de los distintos profesionales, con la consiguiente pérdida de la relación personal profesional-cliente como crítica a la admisibilidad de sociedades profesionales. Vid. G.LÜBEN, *Die Fundamente der freien geistigen Berufe*, Köln-Berlin, 1959, p.53; K.REICHEL, "Ärztliche Gruppenpraxis, Gemeinschaftspraxis und Praxisgemeinschaft", *ÄM*, 1962, pp. 1096 ss. En general, sobre el carácter personal de los servicios profesionales y su incompatibilidad con la prestación de los mismos por una persona jurídica, RITTNER, *Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe*, 1962, p. 19.

<sup>101</sup>Fue la idea de la confianza como nota esencial en la relación profesional-cliente lo que en Estados Unidos impidió hasta principios de los sesenta, el ejercicio de la profesión bajo formas corporativas. Vid. la evolución en este sentido en N.SCHNEIDER, "Incorporated lawyers-the viels rises and falls", *Cincinnati law review*, vol.55, 1987, 785 y ss; S.E.KALISH, "Lawyer liability and incorporation of the law firm: a compromise model providing lawyer-owners with limite liability and imposing broad vicarious liability on some lawyer-employees", en *Arizona law review*, vol.29, 1987, p. 563.

definitiva, la interposición del ente en la relación impediría hablar de una relación *intuitus persone*.

2. Este planteamiento sufre, sin embargo, de un exceso de retórica. La cuestión debe centrarse, a nuestro juicio, en determinar si las consideraciones que nos llevan a afirmar la existencia de *intuitus persone* en la relación del cliente con un profesional individual, pueden reproducirse respecto de la relación entre el cliente y un grupo de profesionales cuyo ligamen sea duradero y jurídicamente relevante, esto es, sobre una sociedad profesional. De lo que se trata pues, es de averiguar si es posible acercar a la sociedad profesional, conceptos tradicionalmente conexos de forma exclusiva a profesionales individuales, para admitir así que la sociedad pueda ejercitar *personal*, o mejor, *societariamente*<sup>102</sup>, una profesión liberal.

La respuesta es, en nuestra opinión, claramente afirmativa<sup>103</sup>. Ninguno de los rasgos sobre los que se sustentan las relaciones con un profesional

---

<sup>102</sup>Expresión que podemos utilizar como equivalente al significado del adverbio "personalmente", cuando el prestador de una obra sea una sociedad profesional. En este sentido también se pronuncia SCHIANO DI PEPE, en "Spunti per riflessione.", *Riv.not.*, 1.976,p.971, al afirmar que debe encontrarse un término (sin mencionar ninguno en concreto) válido para sujetos diversos de las personas físicas, cuando sean aquellos los encargados de la prestación profesional.

<sup>103</sup>En este sentido vid., también, CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, p.246; PAZ-ARES, *Comentario*, 1.991.II,art.1.678, pp.1404-1405. MORENO LUQUE, *Sociedades profesionales*, p.47; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 125-127. En la doctrina italiana vid. F.GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974,p.262; SCHIANO DI PEPE "La società di professionisti", en *Riv.dir.civ.* 1978.I,p.663.; Id., *La società di professionisti*, Milano, 1977,pp.42 ss. esp.p.48; id., "Spunti per una riflessione in tema di società di professionisti", *Riv.Not.*, 1.976, p.971; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1.975, p.232; V.BUONOCORE, "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società professionali", en *Giur.comm.*,1976.II,p.91 y ss.; FERRI, "La società di professionisti" en *Riv.dir.comm.*, 1972,I,p.236; MONTTALENTI, "Società di progettazione e società di intermediazione progettuale: nuovi profili interpretativi", en *Giur.comm.*, 1.983,I,p.486, el cual afirma la creciente frecuencia de prestación de servicios complejos, cada vez más distantes del opus unicum y personalísimo típico de la tradición; IBBA, "Professioni intellettuali e società", en *Riv.dir.civ.*, 1.985.II,pp 125-132; RESCIGNO, *La società fra professionisti*, Milano, 1.985,pp.46 y ss. En la doctrina francesa vid.G.LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions liberales en droit francais*, Paris, 1.975, p.25-26.

individual desaparece en el caso de que la actividad sea imputada a una sociedad<sup>104</sup>.

a) En primer término ha de afirmarse que no existen razones de peso para excluir la posibilidad de *relaciones fiduciarias con organizaciones complejas*. En efecto, la confianza, elemento esencial en las relaciones *intuitu persone* que determina la elección de un profesional sobre otro, puede no siempre recaer sobre las cualidades personales de los profesionales<sup>105</sup>: en ocasiones a las buenas dotes profesionales se considera relevante por parte del cliente el hecho de que el profesional cuente con un cierto grado de organización de medios personales y materiales que contribuyan a la eficacia de la prestación de sus servicios<sup>106</sup>. Naturalmente, esto no significa que el *intuitus persone* desaparezca. Más bien asistimos a un "alargamiento" del mismo. La lógica del razonamiento nos lleva a admitir, del mismo modo, la posibilidad de que un cliente deposite su confianza no ya en un profesional individual (más o menos organizado) sino directamente en grupos

---

<sup>104</sup>Tal y como se ha afirmado, desde el punto de vista que ahora examinamos "la hipótesis del cliente que solicita los servicios de una sociedad es análoga al caso del cliente que imparte el mandato a varios profesionales facultándoles para que lo desempeñen conjunta o separadamente": PAZ-ARES, Comentario, p.1405.

<sup>105</sup>Es verdaderamente confianza lo que se siente hacia el notario o médico único de un pueblo pequeño. o son realmente las circunstancias lo que hacen acudir a los mismos? ¿No es cierto que cuando el médico o notario abandonan el pueblo por ser destinados a otro, su clientela pasa a ser clientela del nuevo profesional que llega? ¿O pensamos que la confianza depositada en el primero hace que los vecinos cada vez que necesiten de su ejercicio también se trasladen al nuevo pueblo, porque su confianza les lleva a seguirlos? A estas preguntas la respuesta no nos la da la confianza en el profesional, sino que la clientela en estos casos particulares se ve forzada por el monopolio de hecho (el que sólo haya un profesional de la materia en el lugar), a convertirse en clientela del nuevo profesional.

<sup>106</sup>En efecto, los *medios materiales han dejado de tener el carácter auxiliar o instrumental* que antaño se les atribuía, para pasar a constituir elementos esenciales en la prestación de la actividad profesional. En Francia, incluso antes de la ley del 66, que ratificó legalmente las sociedades profesionales, la doctrina, además de la confianza personal, había considerado otros elementos objetivos, como base de la relación cliente-profesional vid. A.LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, Paris, 1974. En la doctrina italiana vid. esta misma consideración en SCHIANO DI PEPE, *La società di professionisti*, Milano, 1977, pp.42 ss, 65 ss, esp.71; Id."Spunti per una riflessione in tema di società di professionisti", *Riv.Not.*, 1.976, p.971; POCHINI FREDIANI, "L'intuitus personae nel contratto d'opera (con particolare riferimento alle professioni forense), en *Le società di professionsiti*, Milano, 1.973, pp. 126 ss.

organizados de profesionales<sup>107</sup>. Es perfectamente legítimo hablar entonces de la existencia de un *intuitus societatis*<sup>108</sup>. La mejor prueba de lo que se acaba de exponer es la comprobación empírica de que, de forma creciente, se solicitan los servicios de un bufete profesional o de una determinada clínica basándose únicamente en el buen nombre y prestigio de la "empresa" profesional, siendo secundario la persona en concreto que le llevará sus asuntos. La reputación social, por encima de la reputación de cada una de las personas que integran la sociedad, acaba convirtiéndose como tendremos ocasión de ver, en un capital específico de la sociedad (*goodwill*), capaz de atraer por sí sola a la clientela<sup>109</sup>. Cualquier objeción restante puede disiparse si recordamos que, en último extremo, la confianza está garantizada en cuanto que, si desapareciera, el cliente siempre podría revocar su encargo al grupo de profesionales<sup>110</sup>.

b) En segundo lugar hay que observar que la prestación de servicios por parte de la sociedad no significa excluir la prestación personal. "Sería un formalismo grotesco creer que la sociedad presta materialmente los servicios"<sup>111</sup>. La imposibilidad material de que la sociedad pueda prestar esos

---

<sup>107</sup>En este sentido, M.RESCIGNO, en *Le società fra professionisti*, Milano 1985, p 47.

<sup>108</sup>Sobre estas relaciones *intuitu societatis* en el marco de nuestro ordenamiento, daremos reflejo en *infra* □ 9, a propósito del reconocimiento que nuestro legislador, si bien de forma dispersa está realizando de algunas sociedades profesionales.

<sup>109</sup>Vid. a tal respecto *infra* § 17.1.3..

<sup>110</sup>Vid. PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.669 CC, III.2, p. 1355 .

<sup>111</sup>No haría falta insistir en esta cuestión si no fuera porque existe una corriente generalizada en la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado que, ignorando el significado y alcance de la personalidad jurídica, niega la admisibilidad de sociedades profesionales alegando "*que la persona jurídica "per se", y como ente abstracto, no puede realizar directamente esta clase de prestaciones*". Así se expresó literalmente la DGRN, en su Resolución de 2 de junio de 1.986. En los mismos términos se expresó, la Resolución de 23 de abril de 1.993 (BOE n.º.132, de 3 de junio, p.16.801), en relación a una sociedad limitada cuyo objeto social "*es el propio de la actividad de los Arquitectos*". En el mismo sentido la más reciente Resolución de 26 de junio de 1995, concluyó afirmando que "*al ser la actividad de asesoramiento jurídico una actividad de carácter*

servicios, se deriva del significado de la personalidad jurídica: la sociedad sólo representa el punto de conexión o centro de imputación de la relación jurídica; son los profesionales los que de forma personal se encargan de la ejecución material de la actividad profesional. Esta afirmación es predicable de cualquier prestación contractual que lleve a cabo una persona jurídica, y no presenta especialidad alguna en el ámbito de los contratos de servicios profesionales. Así, es obvio que una persona jurídica no puede ejecutar prestaciones que comporten, por ejemplo, el uso de la fuerza física, porque las personas jurídicas carecen de músculos<sup>112</sup>. Pero esto no impide, en absoluto, que consideremos que es una persona jurídica la que ha asumido la posición contractual de deudor de la citada prestación. Del mismo modo, resulta perfectamente admisible que una sociedad sea la titular de un restaurante y es presupuesto por todos que no es la sociedad, sino sus cocineros, los que "cocina(n) las paellas para sus clientes"<sup>113</sup>. Consecuentemente, no debe haber obstáculo alguno para admitir la viabilidad de una sociedad de médicos, abogados, o arquitectos. Es obvio que no es la sociedad la que realiza la operación quirúrgica; la que acude como tal al juzgado o la que construye de forma directa el edificio, respectivamente. Pero también debe ser obvio que la posición de deudor contractual puede y debe atribuirse sin dificultad a la sociedad profesional y no a los profesionales que ejecutan la prestación debida en nombre y por cuenta de ella<sup>114</sup>.

---

*estrictamente personal atribuida por ley a determinados profesionales, no puede la sociedad per se y como ente abstracto, realizarlos directamente".*

<sup>112</sup> Ejemplo puesto por CAPILLA. "Sociedades de profesionales", *El ejercicio en grupo*, p.233.

<sup>113</sup> Así VICENT CHULIA en su nota a la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993, en *RGD*, dic.1993, pp.11972-11976.

<sup>114</sup> Este es, por otra parte, el significado más exacto de la personalidad jurídica v., al respecto, PAZ-ARES, *Comentario*, art.1699 CC. III,2,pp. 1355 ss.

Pero es que además, en el caso de sociedades profesionales y, en general, en todas las sociedades que prestan servicios especializados, la interposición de la persona jurídica no elimina la existencia de una relación personal. Los servicios profesionales suelen prestarse estructurados sobre una relación personal con un profesional o profesionales determinados y no con el conjunto de la sociedad. Se conserva así una estrecha relación (*close relationship*) entre un profesional determinado y el cliente con independencia de que el deudor contractual no sea ya el profesional sino la sociedad<sup>115</sup>. Por lo demás, nada obsta a que se haya pactado que la ejecución material del servicio la realice un miembro determinado de la sociedad<sup>116</sup>. Así las cosas parece claro que la fuerza de esta objeción es más aparente que real.

## II. FALTA DE TITULACION Y COLEGIACION DE LAS SOCIEDADES.

1. El segundo de los argumentos aducidos contra la admisibilidad de las sociedades profesionales, se funda en la falta de titulación y colegiación de las sociedades, requisitos considerados *sine qua non* para ejercitar legítimamente

---

<sup>115</sup>En el ámbito médico el art. 13 del Código de Deontología establece en la misma línea que "El trabajo en equipo no impedirá que el paciente conozca cuál es el médico que asume la responsabilidad de su atención". En la doctrina americana el reconocimiento de esta individualidad aún dentro del grupo social, es puesta de relieve por E.F.FAMA/M.C.JENSEN. "Agency problems and residual claims", *J.L. & Econ.*, 1.983, vol.26, pp. 334-335; R. CRAIG HANNAH afirma que "experience dictates that the [professional-cliente] relationship is generally intensely personal, rather than collective"; R.CRAIG HANNAH, Professional corporations: shareholder liability and the saving clause", en *Arkansas law review*, vol.42, 1989, p.777 ss, 786. En el mismo sentido, LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, p.25, afirma que: "Il ne faut pas perdre de vue qu'à l'intérieur du groupement, le client sera pris en charge par un professionnel avec lequel il aura des rapports constants, à caractère personnel marqué". En nuestra doctrina también lo apunta GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.127. Sobre la importancia que tiene la identificación del profesional encargado de un asunto para la asignación de su responsabilidad individual v. lo que se dirá en *infra* §30.1, a propósito de la responsabilidad en las sociedades profesionales.

<sup>116</sup>De asegurarse que el cliente va a poder elegir *ex ante* al profesional que tenga por conveniente no cabe - afirma LACH- esgrimir argumento alguno contra una sociedad profesional. Vid. M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, München, 1.970, p.17, y allí ulteriores referencias.

la profesión<sup>117</sup>. El argumento se formula como sigue. *Primero*: sólo pueden colegiarse personas físicas, por lo que las personas jurídicas, en cuanto no están colegiadas, carecen de legitimidad para desarrollar actividades profesionales<sup>118</sup>. *Segundo*: para colegiarse es necesario haber superado ciertos estudios y obtenido un título oficial. Dado que las sociedades no pueden obtener tales títulos, resulta imposible que puedan colegiarse<sup>119</sup>.

2. Esta forma de argumentar resulta claramente formalista<sup>120</sup>. A nuestro juicio, el verdadero obstáculo que se esconde tras la argumentación indicada,

---

<sup>117</sup> Así de forma general la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales (modificada por la Ley 7/1997, de 14 de abril), establece en su art.3.2 que: "Es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente". De la lectura de los distintos estatutos profesionales se desprende igualmente el deber de colegiación de los diferentes profesionales titulados. Así el art.14 del Estatuto General de la Abogacía (RD 2029/1982, de 24 de julio), establece que "Para el ingreso en la Abogacía se exige la incorporación al Colegio de Abogados respectivo". En igual sentido los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial (RD 1018/1980, de 19 de mayo), imponen la colegiación "para el ejercicio de la profesión médica en cualquiera de sus modalidades", etc.

<sup>118</sup> Esta situación -no obstante ser generalizada en nuestro ordenamiento-, cuenta con algunas excepciones de las que posteriormente daremos cuenta, que exigen la colegiación de sociedades para el ejercicio de determinadas profesiones.

<sup>119</sup> Esta objeción está formulada, por ejemplo, en la Resolución DGRN de 2 de junio de 1986 cuando señala que "siempre que se requiera la exigencia de una titulación profesional o requisitos similares para el ejercicio de la profesión, es claro que no cabe admitirlas" (sociedades...) "por carecer éstas del título académico que habilita para el ejercicio de la profesión. La misma consideración es recogida por las posteriores Resoluciones de 23-4-1.993; 26-6-1995, también citadas. En la doctrina, esta posición ha sido sostenida por CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI,1, p.157, si bien a la vista de las circunstancias actuales el autor apuntaba la necesidad de una revisión del argumento; revisión que lleva a cabo posteriormente en su artículo "Sociedades de profesionales liberales", en *El ejercicio en grupo*, pp. 246-249, donde acaba por reconocer la debilidad de éste y de la generalidad de argumentos opuestos tradicionalmente al ejercicio societario de la profesión. En la doctrina alemana, y en el mismo sentido que el apuntado en el texto vid. A.KREMER, "Frei Berufe in der Rechtsform der GmbH", 1.983, pp.259-267, 265, el cual refiriéndose a los médicos, entiende que la "habilitación personal que se les exige en el §§ 2 Abs. 1 BUndesärzteordnung (BÄO), implica que "die juristische Person nicht als Berufsträger zugelassen werde dürfe, weil ihr die fachliche Qualifikation eines Arztes fehle". La misma línea argumentativa (y siempre en relación a las GmbH) sigue para negar la admisibilidad de sociedades de abogados. En el mismo sentido vid. M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, pp. 73 y 100.

<sup>120</sup> Recalcan este carácter marcadamente formalista V.BUONOCORE "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria", nota a la sentencia del Tribunal de Pavia de 2 de abril de 1.975, en *Giur.comm.*, 1976,II,p.92. En nuestra doctrina, DEL POZO, *Nuevo Registro*, 1.990, pp.140-141 entiende que estas objeciones formalistas constituyen un "inconveniente menor", a la admisibilidad de las sociedades profesionales, bastando, al efecto para su admisibilidad que "la ley contemplara la posibilidad de que ciertas entidades presten esos servicios para que el inconveniente desaparezca".



no consiste tanto en que la sociedad como tal, carezca de la pertinente calificación profesional y colegial -de la que por razones obvias carece-<sup>121</sup>, cuanto en averiguar si es posible imputar a la sociedad la titularidad de la actividad profesional prestada por sus profesionales personas físicas, estas sí, debidamente habilitadas para el ejercicio de la profesión<sup>122</sup>. Cuestión ésta que, a nuestro juicio, no debe ofrecer duda alguna. Para aperebarnos de ello es preciso recordar la *ratio* sobre la que el legislador hace descansar la exigencia de habilitación y colegiación, y comprobar si la misma se conserva cuando la actividad profesional es imputable a la sociedad<sup>123</sup>.

a) Como es sabido, la *ratio* del requisito de la *titulación* consiste en asegurar una cierta calidad profesional en los servicios de esta clase, estableciendo una "barrera de entrada" que impida prestar servicios profesionales a personas que no hayan demostrado un mínimo de conocimientos específicos<sup>124</sup>. Pues bien, resulta obvio que tal finalidad se logra plenamente siempre que las prestaciones profesionales que se imputen a la sociedad sean realizadas materialmente por profesionales debidamente

---

<sup>121</sup>Sobre el "sentido y alcance eminentemente instrumentales, que tiene la atribución de la personalidad jurídica", vid., CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en grupo*, p.232; Id., *Persona jurídica. Funciones y disfunciones*, Madrid, 1.984, pp. 44 ss. 75 (y allí un profundo estudio sobre las teorías tradicionales sobre el concepto de la persona jurídica); PAZ-ARES, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *ADC*, 1.983, p.1592; id., *Comentario*, II, pp.1355 ss. Superando la concepción (ontológica) de la personalidad jurídica que subyace tras la argumentación contraria a la admisibilidad de las sociedades profesionales, puede sintetizarse bajo una concepción nominalista de la misma que la persona jurídica es tan sólo un *nomen iuris*, su contenido no es otro que el de simplificar y facilitar la representación de un complejo entramado de normas, esto es, su función no es sino el de una condensación simbólica. "Desde este punto de vista, se comprende que la persona jurídica solamente hace referencia a un mecanismo de imputación que irá a desembocar en todo caso a los hombres, puntos finales de imputación".

<sup>122</sup>En un sentido semejante vid. las referencias doctrinales de la nt.95

<sup>123</sup>En este sentido, M.RESCIGNO, en *Le società fra professionisti*, Milano 1985, pp 49-51; PAZ-ARES, *Comentario*, II, art.1.678, p.1405.

<sup>124</sup>Sobre la relación entre el "*licensing and quality*", vid. lo que se dirá en *infra* § 17,1,2, a propósito de los mecanismos regulatorios para minimizar las asimetrías informativas características de las relaciones entre profesionales y clientes.

habilitados<sup>125</sup>. En otros términos, no es necesario que la cualidad de titulado deba predicarse del centro de imputación, esto es, de la sociedad como persona jurídica; basta que pueda predicarse de las personas que hayan de ejecutar el encargo en nombre y por cuenta de la sociedad<sup>126</sup>. En definitiva, la falta de habilitación de la sociedad queda perfectamente suplida por la necesaria habilitación de los socios<sup>127</sup>.

b) A la titulación se añade, como instrumento de garantía de una calidad mínima, la colegiación obligatoria de los profesionales<sup>128</sup>, cuya *ratio* se condensa en la sujeción por parte de los profesionales a la normativa deontológica y corporativa del ordenamiento del colegio profesional correspondiente<sup>129</sup>. Sujeción que no se ve obstaculizada por el hecho del ejercicio en sociedad. En efecto, la interposición del ente societario no régimen disciplinario que les corresponda. Bajo esta perspectiva resulta claro constituye un obstáculo para la efectiva aplicación a los profesionales del que, el riesgo de que al amparo de la interposición de la sociedad en la prestación

---

<sup>125</sup> Así CAPILLA, "Sociedades de profesionales", *Ejercicio en grupo*, p.247; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.140; V.BUONOCORE, "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria", en *Giur.comm.*, 1976,II, p.92. En el mismo sentido LAMBOLEY afirma que, "*si l'accomplissement des actes professionnels doit rester le monopole des personnes physiques, le droit de s'engager à fournir ces prestations peut appartenir à des personnes autres*"; LAMBOLEY, *Société civile professionnelle*, p.67.

<sup>126</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, II, art.1.678, p.1405.

<sup>127</sup> El único riesgo que, bajo el aspecto que ahora examinamos puede presentarse, es que a raíz de la interposición del ente societario, la prestación de la actividad profesional pueda ser desarrollada por personas que carecen de la debida habilitación profesional (produciéndose así un intrusismo profesional). No es éste un obstáculo a la admisibilidad de las sociedades profesionales como concepto, sino a la admisibilidad de aquellas sociedades que no están constituidas en su totalidad por profesionales habilitados, y por ser un problema específico de la composición subjetiva de estas sociedades será tratado en el epígrafe en que nos ocupamos de este otro aspecto de las sociedades profesionales.

<sup>128</sup> Sobre esta cuestión vid. *in extenso* lo que se dirá en *infra* §17.I.2.

<sup>129</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, II, art.1.678, p.1405. Más ampliamente, L. CALVO SANCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998, pp. 625 ss.

de servicios profesionales puedan eludirse ciertas exigencias del ordenamiento profesional y escaparse a la disciplina corporativa correspondiente, es pues, más aparente que real. El hecho de que la actividad profesional haya de ser prestada por personas habilitadas para el ejercicio de la profesión es suficiente para neutralizarlo<sup>130</sup>.

Así pues, si los fines perseguidos con la titulación y la colegiación permanecen intactos aún cuando la actividad profesional venga imputada a la sociedad, la objeción descrita pierde cualquier fundamento.

3. Conviene detenerse, no obstante, en discutir si sería una buena idea que el legislador reconozca el ejercicio societario de la profesión y arbitre, a la vez, la inscripción o colegiación registral de la propia sociedad.

a) Parte de la doctrina considera redundante la inscripción de la sociedad. En este sentido se afirma que "para que la sociedad como tal quede sujeta a dicha disciplina no es menester su colegiación. Basta que se hallen colegiados quienes la integran como administradores y como socios. La condición de colegiado -y por tanto la condición de miembro del ordenamiento corporativo- puede transferirse a la persona jurídica cuando la reúnan los sujetos que formen su sustrato personal"<sup>131</sup>.

b) A nuestro juicio esta opinión no resulta aceptable. Lo que en este momento se está juzgando no es una cuestión de admisibilidad de las

---

<sup>130</sup>En nuestra doctrina PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.678,p.1.405; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989,p.158; DEL POZO, *Nuevo Registro*, pp.140-141; C.MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1.994, pp.48-52. En este sentido vid. también en la doctrina italiana, G.FERRI, "La società di professionisti", en *Riv.dir.comm.*, 1972,I,p.236; G.LOCATI, "Iscrizione delle società agli albi professionali", *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp.169-170; G.MMINERVINI, "Le società di professionisti "esterne" e le necessarie modifiche delle leggi professionali", *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp.130-133; BUONOCORE, "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema do società professionali", *Giur.Comm.*, II, 1.976, 92; M.RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, pp.52 ss.

<sup>131</sup>Así, PAZ-ARES, *Comentario*, p.1405; RESCIGNO, *La società fra professionisti*, Milano, 1.985, pp.52 ss; S.SCOTTI CAMUZZI, "Licità delle società di consulenza", *Riv.soc.*, 1.969,p.70.

sociedades profesionales, sino de su sometimiento a la normativa corporativa lo que, a nuestro juicio requiere de una especial intervención legislativa<sup>132</sup>. Las normas corporativas de carácter disciplinario o penal van referidas únicamente a los profesionales personas físicas, que son los únicos que por ahora -salvo alguna excepción legal- se encuentran sometidos al control de los Colegios. Por tanto, "la sujeción de la sociedad a la disciplina deontológica es meramente indirecta y en cierta manera puede ser eludida. Una sanción de suspensión, por ejemplo, sólo podrá ser impuesta al profesional colegiado de modo que la sociedad de que el mismo forma parte podrá continuar el ejercicio profesional sin más que prescindir de la actuación "material" del sancionado"<sup>133</sup>. Para garantizar, pues, el sometimiento directo de la sociedad profesional a la disciplina corporativa habrá que postular, necesariamente, su inscripción colegial<sup>134</sup>. Sólo así puede afirmarse que la entidad social pasa a ser verdaderamente un miembro de la profesión, asumiendo entonces el *status profesional*. Esta es por lo demás la solución adoptada por la totalidad de los ordenamientos de derecho comparado que han regulado las sociedades profesionales (*infra* aa) y por las disposiciones que, en nuestro ordenamiento, se han ocupado de la cuestión (*infra* bb).

---

<sup>132</sup>En el mismo sentido ALBIEZ DOHRMANN, "Agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", en *Homenaje a Lacruz Berdejo*, I. p.21; CADARSO PALAU, "Las sociedades profesionales de arquitectos", *Ejercicio en grupo*, pp.392-393; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.141.

<sup>133</sup>Así CADARSO PALAU, "Las sociedades profesionales de arquitectos", *Ejercicio en grupo*, pp.392-393.

<sup>134</sup>Por lo demás, de la aplicación analógica de la nueva Ley 7/1997 de 14 de abril sobre Colegios profesionales a las sociedades profesionales, debe deducirse la habilitación general que implica la Colegiación de la sociedad en el Colegio que se corresponda con su domicilio profesional -único o principal-, para poder ejercer en todo el territorio nacional (art. 3.2). Esta habilitación genérica para ejercer en todo el territorio nacional se ve matizada en el apartado siguiente de la ley (art. 3.3), por la necesidad de comunicar esta intervención en territorio distinto al de su domicilio, al Colegio correspondiente, así como al suyo propio, a fin de quedar sujetos a la normativa propia desarrollada en cada circunscripción territorial, así como a la habilitación económica correspondiente.

aa) Así, en Francia, el artículo sexto de la L.29 nov.1966 de sociedades civiles profesionales establece una remisión a los distintos reglamentos profesionales para regular la necesaria inscripción de las mismas en sus correspondientes colegios profesionales. La totalidad de los decretos profesionales consultados establecen la constitución de las distintas sociedad civil de profesionales bajo condición suspensiva de su efectiva inscripción en el "*tableau de l'Ordre*" que le corresponda<sup>135</sup>; los efectos del contrato serán suspendidos en tanto no sea admitida su inscripción. Asimismo la generalidad de las reglamentaciones profesionales establecen que la inscripción de las sociedades en los registros de los distintos colegios no puede ser denegada más que cuando los estatutos societarios no sean conformes a las disposiciones legislativas o reglamentarias<sup>136</sup>. Tanto el legislador (art. 17, L.29 nov.1966), como los redactores de los reglamentos de administración pública se han esforzado en armonizar las reglas propias de las sociedades civiles profesionales con las ya existentes en cada profesión, y han aplicado en la medida de lo posible a las primeras (en calidad de profesionales), las reglas deontológicas propias de las personas físicas<sup>137</sup>. Merece destacarse así mismo el riguroso control al que la generalidad de los decretos profesionales someten a las sociedades profesionales que regulan<sup>138</sup>.

En Alemania, la Ley sobre las *Partnerschaftsgesellschaften*, de 25-7-1994, creadora de una nueva forma social para el ejercicio asociado de la profesión (*Partnerschaft*), ha establecido en su *Artikel 1*, § 4, la obligación de inscripción de esta nueva forma social en un registro especialmente creado al efecto: *Partnerschaftsregister*. Las normas a

---

<sup>135</sup> Así, art.5 D.77-1480, de 28-12-1977 de los *architectes*; art.4, D.72-669 de 13-7-1972 de los *avocats*; art.129 D.69-810, de 12-8-1969 de los *commissaires aux comptes*; art.4, D.77-636, de 14-6-1977 de los *médecins*, etc.

<sup>136</sup> V. en este sentido, art.6 y 131 párrafo primero R.A.P. *commissaires aux comptes*; art.7 párrafo primero R.A.P. de los *avocats*; art.25, D.13 de julio 1972, relativo al uso de título de *conseil juridique*..

<sup>137</sup> Así art.43, D.72-669 de 13-7-1972 de los *avocats*; art.165 D.69-810, de 12-8-1969 de los *commissaires aux comptes*; art.46, D.77-636, de 14-6-1977 de los *médecins*, etc.

<sup>138</sup> El acto constitutivo de la sociedad es analizado y verificado, tanto en el fondo como en la forma, por las disposiciones legislativas y reglamentarias que le son aplicables. En cuanto al *fondo*, el Colegio, procede a una verificación exhaustiva de las condiciones relativas tanto a la persona de los asociados (se controla su aptitud profesional de asociado, así como su pertenencia a tal organismo corporativo: (para las sociedades de abogados ver art.3 R.A.P.; para los notarios, art. 3 y 91 R.A.P., modificado por el D.º 71-943 de 26 nov.1971) como a su patrimonio social (se controla especialmente el valor de las aportaciones *in natura*, efectuadas por los asociados). Se procede así mismo a una verificación de ciertas cláusulas facultativas, relativas unas, a la modalidad de reparto de beneficios y deudas sociales, y las otras al funcionamiento interno de la sociedad. En cuanto a la *forma*, se establece que los estatutos deben incorporar por escrito el contenido de las menciones obligatorias prescritas tanto en la ley-marco del 66, como en los reglamentos de administración pública. Para un estudio en profundidad sobre el tema vid. por todos A.LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, pp.116 ss.

aplicar serán las propias del Código de comercio (§ 106 Abs.1 y §108)<sup>139</sup>.

En Bélgica, el Proyecto de ley de sociedades civiles profesionales de 11 de enero de 1985, establece en su art.5, que "*pour exercer la profession, la société civile doit faire l'objet d'une nomination ou d'une inscription au tableau d'une profession, la société ne pourra être constituée qu'après la nomination ou l'inscription faite à la requête de tous les associés agissant au nom de la société en formation*"<sup>140</sup>.

En Italia, son muchas las voces que apuestan para una futura regulación legal de sociedades profesionales por la inscripción de estas en el Colegio Profesional, y el control por parte de éstos, de la legalidad del acto de constitución<sup>141</sup>. Para las "*società di revisione*", que cuentan ya con una regulación legal, se instituye una inscripción particular en un "*Albo*" especial del propio colegio<sup>142</sup>.

bb) En nuestro Derecho, la solución ha consistido, habitualmente, en crear una sección o un registro especial para las sociedades profesionales al objeto de articular una inscripción propia de la sociedad, añadida a la de los miembros que la componen.

Así, para las sociedades de auditoría, el legislador ha establecido en el artículo 10.1 de la Ley que las regula, la obligación de inscripción de estas sociedades en una sección especial referida a sociedades del ROAC, según el procedimiento establecido en el art.29 del Reglamento<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup>Según se desprende del Artículo 1, § 7.1, con la inscripción nace la *Partnerschaft*, lo que implica que la misma tiene efectos constitutivos. Así SEIBERT, *Die Partnerschaft. Eine neue Gesellschaftsform für die Freien Berufe*, Bonn, 1.994, pp.107-108; SALGER, "Die Entstehung der Partnerschaft", en *Münchener Handbuch*, p.724 ss. Ello no quiere decir sin embargo que su actividad anterior a la inscripción sea nula. Antes de la inscripción pueden actuar como si de una sociedad civil se tratase. En general -se afirma- los socios pueden hacer todo menos actuar bajo el nombre común de la *Partnerschaft*, debiendo por tanto prestar su actividad en nombre propio.

<sup>140</sup>Para más información vid. CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'elaboration: les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, p. 334.

<sup>141</sup>Así V.BUONOCORE "La società di avvocati: problema e prospettive", en *Scritti in onore di S.Pugliatti*, II, Milano, 1969, p.158; Id., "Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria", en *Giur.comm.*, 1976, II, p.92; SCHLESINGER, en "Problema di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale"; G.MINERVINI, "Le società di professionisti "esterne" e le necessarie modifiche delle leggi professionali"; G.LOCATI, "Iscrizione delle società agli albi professionali", todos estos autores en, *La società di professionisti, a cura di Lanza, Uberti-Bona y Scotti Camuzzi*, Milano 1973, p.94-95, y 130 a 134, 169 a 171 respectivamente.

<sup>142</sup>Vid. M.BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, Milano, 1985.

<sup>143</sup>Consistente en solicitud de inscripción, autorización del Instituto de C y A.C., pago de la fianza, y definitiva inscripción en el registro. Vid. al respecto el art.29 del R.D 1631/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el mencionado reglamento.

Solución ésta acogida por la Junta General del Colegio de arquitectos de Madrid, la cual ha sancionado la denominada "*Normativa para la inscripción de sociedades de arquitectos en el COAM*", en un registro creado *ad hoc* en el propio Colegio de Madrid<sup>144</sup>. La misma solución ha sido adoptada por la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Cataluña (COAC), la cual mediante Acuerdo de 23 de septiembre de 1.987, aprobó unas *Normes refoses sobre associacions entre arquitectes*<sup>145</sup>. En el mismo sentido, el Proyecto de Estatuto General de la Abogacía, pendiente de su aprobación definitiva por el Gobierno establece en su artículo 28 que la forma de agrupación a que se acojan los abogados para su ejercicio en grupo, se inscriba "*en el Registro especial correspondiente al Colegio o Colegios donde tuviese abierto despacho, sin que pueda invocarse la condición de despacho colectivo hasta que quede inscrito. En dicho Registro se inscribirán su composición, y las altas y bajas que se produzcan. Los Abogados que formen parte de un despacho colectivo estarán obligados personalmente a solicitar las inscripciones correspondientes*"<sup>146</sup>. Por su parte, el Colegio de economistas de Madrid, en su *Resolución sobre el ejercicio profesional asociado y Registro de Sociedades de economistas* ha adoptado entre otros los siguientes acuerdos: "*Segundo: Hasta no se produzca la inscripción correspondiente en el registro que se instituye, no se reconocerá por los órganos de gobierno del Colegio validez oficial alguna en el ámbito corporativo a los actos propios del ejercicio profesional de economista realizados por medio de una sociedad o persona jurídica interpuesta, sin perjuicio de las responsabilidades en*

---

<sup>144</sup>Vid. un comentario a esta normativa por J.CADARSO PALAU, "Las sociedades profesionales de Arquitectos", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, pp. 385-401, haciendo una especial referencia a los efectos de la inscripción en las pp.399-401. Al comentario realizado por el citado autor, el cual se circunscribe a la normativa aprobada por Acuerdo de la Junta General de dicho colegio el 19 de diciembre de 1.990, debe añadirse la modificación del objeto de las sociedades mencionadas que se ha producido en Acuerdos posteriores de esa Junta de Gobierno. En este sentido hay que decir que mientras el objeto social de las sociedades de arquitectos contenido en la normativa aplicable al año 90, 91, 92, y 93 se circunscribía "*únicamente al propio de la actividad profesional de los arquitectos*", en la normativa aplicable al año 94 (aprobada por Acuerdo de Junta General Ordinaria de día 22-12-93) el objeto varía, circunscribiéndose a aquel "*consistente en realizar las actividades de mediación y coordinación en relación con los trabajos propios de los arquitectos*". En años precedentes por tanto, lo que se aprobó fue la inscripción de sociedades de arquitectos cuyo objeto fuese el ejercicio de la profesión de los arquitectos. Ahora, y a partir de la modificación citada lo que se ha aprobado es la inscripción de sociedades de mediación en relación a la actividad de los arquitectos, pero no sociedades que ejerzan "por sí mismas la profesión".

<sup>145</sup>Vid. el contenido íntegro de estas normas sobre las sociedades de arquitectos del Colegio de Arquitectos de Cataluña recogido por L.DEL POZO, *Nuevo Registro*, 1.990, pp. 155 ss. En concreto los requisitos exigidos para la inscripción de la sociedad en un registro de la Secretaría General del COAC, vienen establecidos en el art.8º del citado documento.

<sup>146</sup>Vid. un comentario a esta disposición, si bien referida al Anteproyecto de Estatuto (art.33 b) en el libro colectivo, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, p.68.

*que pueda haber incurrido el economista o economistas autores de los trabajos profesionales mencionados"*<sup>147</sup>.

### III. INCOMPATIBILIDAD GENERAL DEL REGIMEN SOCIETARIO CON LA INDEPENDENCIA PROFESIONAL.

1. Más grave, aparentemente, que las objeciones anteriores, resulta la alegación según la cual el ejercicio profesional bajo formas societarias sería incompatible con la independencia profesional, carácter que, como es sabido, es considerado, tradicionalmente como "principal característica de la profesión liberal"<sup>148</sup>.

2. Para responder adecuadamente a esta objeción, resulta imprescindible aclarar con carácter previo el significado que deba atribuirse a la independencia del profesional dado que el término no se utiliza, generalizadamente con un sentido unívoco. En efecto, la independencia puede entenderse en un doble sentido. En primer lugar, como independencia económica (independencia externa) o independencia en el sentido de trabajo autónomo (*Unabhängigkeit in der Berufsstellung*). En segundo lugar, podemos hablar de independencia como independencia en la toma de decisiones dentro de un específico ejercicio profesional (*Unabhängigkeit in der Berufsausübung*)<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Vid. la "Resolución sobre el Ejercicio Profesional Asociado y Registro de Sociedades de Economistas", recogida en *Economistas*, 1.986.1.987, n.º.22, p.49.

<sup>148</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad civil del profesional liberal, p.55.

<sup>149</sup> En este sentido vid. M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, pp.7 ss; J.TAUPITZ, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, pp.44 ss, y la abundante bibliografía allí citada.



3. La doctrina tradicional ha venido utilizando el concepto de independencia profesional exclusivamente en el primero de los sentidos (*Unabhängigkeit in der Berufsstellung*). La profesión liberal según esta doctrina constituye una especie del género trabajo autónomo. El profesional liberal actúa, en este sentido, libre de cualquier vínculo de subordinación frente a cualquier otro sujeto<sup>150</sup>. La *autoorganización* se convierte así en la condición del ejercicio liberal. De esta forma, los términos "profesión liberal" y "profesión independiente" se consideran sinónimos<sup>151</sup>.

4. Esta concepción de la independencia del profesional no puede, sin embargo, ser admitida sino es a costa de negar la realidad. Es evidente que, en la actualidad, gran parte de los servicios profesionales se prestan, por personal que reúne los caracteres de titulación y colegiación bajo un *régimen laboral*, es decir, bajo un régimen cuya nota fundamental, de acuerdo con la legislación correspondiente, consiste en la ajenidad y dependencia. Tal evolución no ha planteado problema alguno una vez que se ha abandonado el prejuicio según el cual la alta cualificación intelectual propia de estas profesiones quedaba excluida de la contratación laboral y del Derecho del Trabajo<sup>152</sup>. En efecto, la regulación contenida en los artículos 1.1 y 1.3 del

---

<sup>150</sup>En ocasiones las profesiones liberales vienen definidas como autónomas por algunos autores por oposición a las profesiones asalariadas. V. en este sentido J.SAVATIER, *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, Paris, 1.947,p.35; LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, p.22; haciéndose eco de esta diferenciación por oposición, B.CAVALLLO, *Lo status professionale*, I, Milano, 1.967, p.150.

<sup>151</sup>Así, LYON-CAEN, *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, p. 22. Esta identificación entre profesión liberal y profesión independiente, si bien permite negar la calificación de profesiona liberal a los trabajadores subordinados, sin embargo no resulta válida para distinguir al profesional liberal de aquellos otros sujetos que, como los empresarios, prestan por cuenta propia sus servicios en el mercado. Pone igualmente en duda esta equiparación si bien por otros motivos G.CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1.958, pp.7 y 8.

<sup>152</sup>En este sentido el Código de Trabajo de 1.926 únicamente era aplicable a los "obreros" (Art.1); la Ley de Accidentes de Trabajo de 1.932 era aplicable sólo a los "operarios", entendiéndose por tales quienes ejecutaran "un trabajo manual" (arts.1 y 3). En general, sobre la evolución que ha experimentado la admsibilidad -actualmente

Estatuto general de trabajadores eliminan cualquier duda acerca de la posibilidad de que la prestación de servicios profesionales constituya el contenido de un contrato de trabajo. Los propios estatutos profesionales reconocen ocasionalmente esta posibilidad<sup>153</sup> y la actitud más reticente de alguna regulación corporativa<sup>154</sup> no ha impedido a la jurisprudencia calificar la relación del profesional como relación laboral cuando las notas características de ésta se hallan presentes<sup>155</sup>.

Aún más. Semejante subordinación se encuentra extendida ampliamente también en el ámbito de la función pública en cuyo seno prestan sus servicios profesionales de forma mayoritaria, grupos enteros de profesionales liberales -especialmente en el ámbito de los servicios médicos-,

---

fuera de duda- de que la actividad profesional pudiera someterse a un contrato de trabajo vid. el detallado análisis de J.LUJAN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Madrid, 1.994, pp. 438-470.

<sup>153</sup>En este sentido y en relación a una de las profesiones más tradicionales como es la medicina, merece destacarse el art.4, párrafo segundo de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial (R.D.n.1018/80 de 1.980), cuando señala que la Organización Médica Colegial "*agrupa, por tanto, obligatoriamente a todos los médicos, que de acuerdo con las leyes vigentes, ejerzan su profesión en cualquiera de sus modalidades (...)*"; más expresamente el art.35.2 establece que "*...se considera como ejercicio profesional la prestación de los servicios médicos en sus distintas modalidades, aún cuando no se practique el ejercicio privado o se carezca de instalaciones*".

<sup>154</sup>Por ejemplo el de la abogacía (R.D. 2029/1982, de 24 de julio). Algunas dudas en efecto, pueden suscitarse de la redacción de algunos de sus artículos. Así después de señalarse en su art.8 que la Abogacía es una profesión libre e independiente, indica en su art.10.1 que "*son abogados quienes incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dedican con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos*". Parece que sólo será Abogado áquel que se dedica al ejercicio de la Abogacía en régimen de autoorganización ("*con despacho profesional*"), negándose esta condición al que preste estos servicios en régimen laboral. Sin embargo, otros artículos del mismo Estatuto desaconsejan tal interpretación. Así el art. 32 se refiere a los casos en los que los abogados presten sus servicios a las Compañías o sociedades que cubran el denominado "riesgo jurídico", sin descartar en ningún momento que la prestación sea realizada a través de un contrato de trabajo. Por lo demás, otras normas han reconocido expresamente aquella posibilidad, como sucede en la Orden de 30 de junio de 1976 por la que se regulan las condiciones de trabajo de los Abogados dependientes de las empresas de Banca oficial o privada.

<sup>155</sup>Cumplida información puede encontrarse en DICTAMEN Y ASESORIA, "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Rev.Trabajo*, 1.988, 92, pp.177 ss; en el mismo sentido vid. A.MONTOYA y A.CAMARA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Colección Jurisprudencia práctica, Madrid, 1.990, con amplia selección de jurisprudencia.

lo que supone la integración de los profesionales en la administración bajo el régimen funcionarial<sup>156</sup>.

La conclusión parece evidente. El ejercicio de profesiones liberales bajo régimen jurídico-laboral y funcionarial ponen de manifiesto que es perfectamente compatible el estatuto de las profesiones liberales, incluyendo, por tanto, la independencia de su ejercicio, en formas jurídicas que implican sometimiento del profesional al poder de dirección de otro sujeto (el empleador o la administración pública)<sup>157</sup>.

5. En realidad, la doctrina tradicional utiliza un concepto equivocado de independencia. La independencia que es imprescindible salvaguardar si queremos preservar los rasgos que caracterizan la profesión liberal no es la independencia en el sentido de realización autónoma del trabajo, sino la independencia en sentido técnico, (*Unabhängigkeit in der Berufsausübung*). En este sentido, independencia implica discrecionalidad técnica del profesional en cuanto al comportamiento que ha de tener y a los medios técnicos que ha de utilizar para la realización del objeto del contrato<sup>158</sup>. El respeto a la discrecionalidad técnica del profesional es una exigencia de la propia naturaleza de la actividad profesional y deriva fundamentalmente, de la

---

<sup>156</sup>En este sentido vid. J.M.FERNANDEZ PASTRANA, *El servicio público de la Sanidad. El marco constitucional*, Madrid, 1.984, pp.19 ss; L. MARTINEZ CALCERRADA (Dir.), *Derecho Médico*, Madrid, 1986, pp.52, 786 ss; J.A.RODRIGUEZ, "La rebelión de los médicos: análisis sociológico de las actitudes de la profesión médica ante la organización de la sanidad en España", *Sistema: revista de ciencias sociales*, mayo, 1.987,nº.78, pp.69 a 100.

<sup>157</sup> En general sobre la salarización de los profesionales vid. LACALLE, *Profesionales en el Estado Español, situaciones, objetivos y formas de organización*, Madrid, 1.976, cap.1 y 4; M.MARTIN SERRANO, *Los profesionales en la sociedad capitalista*, Madrid, 1.977, pp.139-165; SUBIRATS, *El empleo de los licenciados*, Barcelona, 1.981; ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Barcelona, 1.982, pp.52 ss, 74 ss; L.F.PARADELA GONZALEZ *El empleo de los titulados superiores*, Madrid, 1.983; J.M. AIMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, vol.II, Tecnos, Madrid, pp. 23 ss; H.PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1.990.

<sup>158</sup>En este sentido, vid. múltiples referencias en las notas siguientes.

inexistencia de reglas precisas y conocidas para todas y cada una de las situaciones a las que pueden enfrentarse. En efecto, a diferencia de otros servicios, los servicios profesionales se caracterizan porque su prestación en cada caso concreto no está predeterminada por normas legales o reglas científicas o técnicas. En otros términos: la *lex artis* profesional condiciona o limita las decisiones concretas que, respecto a un caso o un paciente, toma el profesional, pero no las determina. De ahí que no sea comparable a las normas legales, científicas o técnicas que regulan la producción de bienes o prestación de servicios no profesionales. Es precisamente este estado de cosas el que "obliga" a estructurar las actividades profesionales como actividades independientes. Es decir, a permitir que sea cada profesional "según su ciencia y conciencia", esto es, con independencia técnica, el que decida en cada caso cuál debe ser la forma concreta de llevar a cabo la actividad encargada<sup>159</sup>. Discrecionalidad e independencia técnica que, por las razones apuntadas, debe mantenerse cualquiera que sea el modo de ejercicio de la profesión, sea autónomo o subordinado, tal y como viene siendo habitualmente confirmado la doctrina<sup>160</sup>, y jurisprudencia<sup>161</sup>, así como por numerosos estatutos profesionales<sup>162</sup>.

---

<sup>159</sup> Siguiendo con el razonamiento, cabría afirmar que las profesiones liberales son profesiones independientes porque "no hay más remedio" en el sentido de que si dispusiéramos de mecanismos que nos permitieran determinar en cada caso cómo ha de comportarse un profesional, no tendríamos -como sociedad- ninguna necesidad de afirmar el carácter independiente de la prestación de servicios profesionales. Serían, en este sentido, bienes exactamente iguales a los que se producen y distribuyen en el mercado de forma estandarizada.

<sup>160</sup> En nuestra doctrina, ATAZ LOPEZ, admite que "al hablar del ejercicio dependiente de la medicina, la independencia técnica del médico no impide otros tipos de dependencia. Un médico puede concluir un contrato de trabajo o de prestación de servicios con un hospital, con un empresario o con otro médico; y en tal caso, quedaría subordinado a su empleador, sin que tal subordinación afectara a su independencia técnica": ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, 1985, p. 361. En el mismo sentido, F.LUCAS FERNANDEZ, afirma que "*aún en la hipótesis de vincularse mediante un contrato de trabajo, su dependencia del empresario se refiere a la organización del trabajo, horario clientes que atender, etc. No en cuanto al servicio profesional en sí mismo, es decir, en cuanto a la aplicación de conocimientos profesionales en beneficio del cliente, para los que sigue gozando de autonomía y respecto de los que puede subsistir su propia personalidad*": F.LUCAS FERNANDEZ, *Com.Edersa*, XX, 2, pp. 27-28. Refiriéndose asimismo a la necesidad de respetar en cualquier caso de la independencia técnica de los profesionales vid. PAZ-ARES,

6. Planteada la independencia en los términos expuestos, resulta evidente que su respeto no es incompatible ni con el ejercicio bajo contrato de

---

Comentario, II, Madrid, 1.991, art.1678, p.1.405; CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", *El ejercicio en grupo*, 1.993, pp.250-253; C.MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, 1.994, pp. 52 ss. En la doctrina alemana vid. M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, p.7. En el sentido apuntado afirma en relación a los médicos, que cuando el Bundesärzteordnung (BÄO) afirma que la profesión médica "seiner Natur nach ein freier Beruf ist", el significado de "seiner Natur nach" sólo puede significar "dass auch die Tätigkeit des festangestellten oder beamteten Arztes freiberuflichen Charakter trägt. Daraus folgt, dass die Form, in welcher der Beruf des Arztes ausgeübt wird, also die Art der Berufsstellung, von der Bundesärzteordnung nicht zum Wesensmerkmal der Freiberuflichkeit erhoben worden ist". En el mismo sentido F.RITTNER, *Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1.962,p.30. En la doctrina italiana así lo afirman LEGA, *Le libere professioni*, pp.97 y 537; CAVALLO, *Lo status professional*, I, 1.967, p.162,nt.64; más matizadamente aún sin negar esa discrecionalidad, CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, 1.958, pp.36 ss; C.STOLFI, "Struttura e natura giuridica della società di professionisti", en *Riv.dir.comm.* 1975,I,p.109. Vid. así mismo esta consideración en R.W.GORDON, "The independence of lawyers", en *Boston University law review*, vol.68, enero 1988, p. 7 y ss.

<sup>161</sup> En este sentido vid. la STS de 18 de octubre de 1989 (Cont-Admvo, R.A., 7411), cuando después de señalar que "la libertad de prescripción del Médico (...) es una auténtica manifestación de la libertad de ejercicio profesional consagrado en el art.36 de la Constitución", indica que "la idoneidad o no del Médico para prescribir, diagnosticar o fijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración, por la vía de dichos actos, resoluciones, circulares o instrucciones". En igual sentido se manifiesta la STS de 11 de diciembre de 1.989 (R.A. 8947, Social), señala que no se opone a la existencia de la dependencia exigible para que exista contrato de trabajo que el profesional "goce de libertad en el ejercicio de los asesoramientos encomendados", "dado que los servicios prestados en profesiones que requieren una titulación superior, han de desarrollarse en buena medida por el profesional de acuerdo con sus conocimientos sin tolerar ingerencia injustificadas". También la STS de 21 de mayo de 1990 (Social) R.A.4993, en relación a los médicos, afirma que esa independencia consiste en "la autonomía científica que en mayor o menor medida exige la actuación" de los profesionales.

<sup>162</sup> Así por ejemplo el Estatuto General de la Abogacía, en su art.32 y 32-c, en el que se exige que los abogados que presten sus servicios a las Compañías o sociedades que cubran el denominado "riesgo jurídico" deberán tener "absoluta libertad (del Letrado) en la dirección del asunto". El art.42 establece que "El abogado en cumplimiento de su misión actuará con toda libertad e independencia, sin otras normas que las impuestas por la Ley y por las normas de la moral y deontológicas". El art. 2.1 del Código de Deontología de los abogados de la CEE, establece que "La multiplicidad de deberes del abogado le imponen una independencia absoluta exenta de cualquier presión". En el mismo sentido la Norma 1.1 de las Normas Deontológicas de la Abogacía Española; Por su parte el art. 3 del Código Internacional de Deontología Forense de la *International Bar Association (I.B.A.)* indica: "Un abogado deberá conservar su independencia en el cumplimiento de su deber profesional. Un abogado no deberá aceptar ningún otro negocio u ocupación si al hacerlo ha de dejar de ser independiente"; Texto traducido por el Consejo General de Los Ilustres Abogados de España, y recogido por C.LEGA, *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, 1.983, p.77. En el mismo sentido apuntan los arts. 5.1 de LAC, y 8 de la Ley de Auditorías de Cuentas; en relación a los médicos, el Código Deontológico Médico de 1979 prevía en su artículo 92 de forma taxativa: "Ninguna norma estatutaria, contractual o reglamentaria podrá limitar la libertad del médico en la elección de medios diagnósticos y de tratamiento que disponga". Por su parte el artículo 15 de la misma normativa indicaba que : "El médico no podrá ejercer en ningún caso su profesión en entidades u organismos donde no estén plenamente garantizados el cumplimiento de las normas deontológicas y la independencia del ejercicio médico". El Código actual regula esta cuestión en su artículo 22.1 estableciendo a tal efecto que "El médico debe disponer de libertad profesional y de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad".

trabajo o bajo el estatuto de funcionario público ni, mucho menos, con el régimen societario. Cualquiera de los regímenes señalados puede y debe garantizar el respeto al principio de libre determinación del profesional que presta el servicio<sup>163</sup>.

En el caso del ejercicio societario, parece incontestable, sin embargo, que el profesional autolimita su libertad, en la medida en que se obliga, por el contrato de sociedad a respetar los intereses sociales y a subordinar su interés particular al interés del grupo<sup>164</sup>. Pero la necesaria coordinación del trabajo individual que implica su realización en grupo no tiene por qué suponer la subordinación del profesional a las directivas de la sociedad<sup>165</sup>. En efecto, el ejercicio societario es plenamente compatible con la independencia o discrecionalidad técnica siempre que limitemos, como hace la mejor doctrina, las facultades del grupo en relación con el desarrollo de su actividad por cada uno de los profesionales asociados. En concreto constituye casi un lugar común afirmar que la sociedad puede determinar el "qué" de la actividad de

---

<sup>163</sup> Así, el Anteproyecto del Estatuto General de la Abogacía, establece en su artículo 28.5 que "*los abogados miembros de un despacho colectivo tendrán plena libertad para aceptar o rechazar cualquier cliente o asunto del despacho, así como la independencia para dirigir la defensa de los intereses que tengan encomendados*". Por su parte, el capítulo VII del Código de Deontología médica, dedicado a las relaciones de los médicos entre sí, establece en su art. 35.3 que "*La jerarquía dentro del equipo deberá ser respetada, pero nunca podrá constituir un instrumento de dominio o exaltación personal. Quien ostente la dirección del grupo cuidará de que exista un ambiente de exigencia ética y de tolerancia para la diversidad de opiniones profesionales, y aceptará la abstención de actuar cuando alguno de sus componentes oponga una objeción razonada de ciencia o conciencia*". El citado artículo es transcrito por HERRANZ RODRÍGUEZ en sus Comentarios al Código de Ética y Deontología médica, Pamplona, 1.992, pp. 171-181.

<sup>164</sup> Esta renuncia a una parte de la propia autonomía es puesta de manifiesto por V.BUONOCORE, "Primi orientamenti", en *Giur.comm.* 1976,II,p.90; D.MAZZUCA, "Le società tra professionisti, problema e prospettive", en *Riv.dir.fallimentare*, 1986,I,p.549; SCHLESINGER, en "Problema di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale", en *La società di professionisti, a cura di Lanza, Uberti-Bona y Scotti Camuzzi*, Milano 1973,p.90.

<sup>165</sup> En Francia, la solución que se ha tomado en la ley de sociedades civiles profesionales (L. 29.nov.1966) respecto a la eventual pérdida de autonomía de los profesionales al incorporarse en una sociedad profesional, es establecer el límite de que los poderes de los administradores no puedan en ningún caso crear un vínculo de subordinación de los socios respecto a la sociedad en el cumplimiento de los actos profesionales (art.11).

sus profesionales asociados, pero no el "cómo" de la prestación concreta<sup>166</sup>. Esta limitación del poder del grupo se justifica plenamente desde las reglas del Derecho de sociedades. Como se ha afirmado acertadamente, "la sociedad, si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de repartir su ejecución entre los socios, no puede imponer al socio las modalidades técnicas que ha de observar en la realización del encargo que se le encomienda, puesto que tal imposición altera la calidad de la aportación, y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad"<sup>167</sup>.

7. Se comprende pues, que la presunta incompatibilidad del ejercicio societario con la independencia del profesional se ha venido fundamentando en una concepción "excesiva" de ésta. Pero el error de la doctrina tradicional es aún más amplio ya que su concepto de independencia peca, además, por defecto. Así es, la independencia del profesional no sólo puede verse mermada por la interferencia del empleador o del grupo en el marco del cual se ejercita (independencia *ad intra*). Quizá las más frecuentes y graves proceden de los propios clientes (independencia *ad extra*). Pues bien, bajo este punto de vista resulta evidente que el ejercicio en sociedad ayuda a garantizar en mayor medida la independencia de los profesionales frente a los clientes que la práctica individual y autónoma. En efecto, el mayor número de clientes con que normalmente cuenta una sociedad en relación con un profesional individual, hace que a la primera "le vaya menos" en su relación

---

<sup>166</sup>Vid. J.TAUPITZ, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Berlin/New York, 1.990, p.45.

<sup>167</sup>Así, PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.678, p.1406; en este sentido también CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", *El ejercicio en grupo*, pp.252-253.

con cada cliente, de modo que será más difícil que reciban proposiciones ilícitas o amenazas, y en cualquier caso le será más fácil resistirlas. "La pérdida de un sólo cliente apenas incrementa la volatibilidad de los rendimientos esperados" por una sociedad que cuenta con una cartera diversificada de clientes. Sin embargo, la posibilidad de que la sociedad en algún caso "ceda" ante un cliente, y sea descubierta, esto es, la posibilidad de una sanción -aunque sea meramente reputacional-, implica un coste esperado más alto que la pérdida que puedan sufrir por el abandono del cliente. Desde esta perspectiva cuanto más diversificada sea una cartera de clientes, mayor será la garantía de independencia de quien trabaja para ellos. Así las cosas, y el hecho de que una agrupación de varios profesionales consiga una diversificación de la clientela que normalmente no se obtiene a través del ejercicio individual<sup>168</sup>, nos permite afirmar, que el ejercicio en sociedad garantiza en mayor medida la independencia del profesional frente al cliente que el ejercicio individual<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup>Naturalmente existen excepciones. Así por ejemplo el caso de una sociedad profesional que sólo tenga uno o dos clientes (muy grandes) de los que dependa la mayor parte de sus ingresos, frente por ejemplo a un profesional individual que tenga un gran variedad de clientes (pequeños). En cualquier caso, no cabe esperar que éste sea el caso normal.

<sup>169</sup>Las políticas que fuerzan la diversificación de la clientela es propuesta entre nosotros por PAZ-ARES, como una garantía de independencia de los auditores. (V. PAZ-ARES, *La ley el mercado y la independencia del auditor*, Madrid, 1.993). El autor trata fundamentalmente el problema de la independencia en términos de cuasirrentas (entendiendo por tales, el diferencial existente entre los rendimientos que se obtienen de la auditoría en curso y los rendimientos que podrían obtenerse en la mejor actividad alternativa), afirmando que la vulnerabilidad del auditor está correlacionada positivamente con el volumen de cuasirrentas que obtiene del cliente (*cuasi-rentas particulares*), siendo así que lo indicado para fomentar la independencia es tomar medidas que incidan sobre las mismas (p.67). En esta tarea el incentivo a la dependencia anexo a esas cuasirrentas, puede contrarrestarse con incentivos de signo inverso, aumentando las cuasirrentas que operan en sentido contrario. A los efectos que a nuestro discurso interesa, este objetivo se logra aumentando las cuasi-rentas específicas del auditor vinculadas a otros clientes (*cuasi-rentas generales*), a través de normas de diversificación que es lo que desde la perspectiva del mercado propone el autor. "El auditor ante la amenaza de los administradores de no renovar su contrato no tiene que pensar sólo en lo que puede ganar, sino también en lo que puede perder. El auditor sabe, en efecto, que si se pliega a las exigencias del cliente se asegura la conservación de las cuasirrentas particulares, pero corre el riesgo de verse privado de las generales. Pues naturalmente, si es descubierto, hay que pensar que los demás clientes o una parte de ello le retirarán su confianza (...). Se hace evidente así que la verdadera garantía de la independencia radica en el volumen de las cuasi-rentas generales, que es una magnitud estrechamente relacionada con el tamaño de la empresa" (pp. 73-74). Asimismo, v. del



#### IV. RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS PROFESIONALES (REMISION).

Otro de los argumentos tradicionalmente aducidos contra las sociedades profesionales es la incompatibilidad del régimen de responsabilidad societario con la responsabilidad personal del profesional por el ejercicio de su actividad. Será ésta una cuestión que trataremos más adelante, en un capítulo especialmente dedicado al régimen legal de responsabilidad de las sociedades profesionales, pero en todo caso, podemos adelantar ya que, como objeción, resulta perfectamente soslayable.

#### **§ 7. Problemas relativos al substrato personal de las sociedades profesionales.**

Superadas las objeciones anteriores parece expedita la admisibilidad de la sociedad profesional *pura y unidisciplinar*, es decir, aquella sociedad compuesta exclusivamente por profesionales habilitados para el ejercicio de una misma profesión. Se trata ahora de determinar si estos dos rasgos constituyen requisitos imprescindibles para mantener la legitimidad de las sociedades profesionales o si, por el contrario, su ausencia no debe constituir una barrera infranqueable al ejercicio colectivo de las profesiones. La cuestión se plantea porque incluso entre los que admiten la que puede denominarse sociedad profesional-tipo, caracterizada por las notas recién

---

mismo autor, un apunte sobre la diversificación como un sistema de incentivos para resistir las presiones que los notarios pueden recibir de los clientes en el ejercicio de su profesión en *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1.995, pp. 111-112.

mencionadas, existen dudas respecto a la admisibilidad de las *sociedades multiprofesionales*, (*infra* I); *sociedades mixtas*, (*infra* II); y por último respecto a la aptitud de las personas jurídicas para ser socios de una sociedad profesional (*v. infra* III).

## I. SOCIEDADES MULTIDISCIPLINARES.

1. En primer lugar plantean problemas particulares las sociedades que agrupan a profesionales pertenecientes a distintas profesiones, esto es, las que se han dado en llamar *sociedades multidisciplinarias o interprofesionales*. En la práctica estas sociedades aparecen bajo dos grandes formas. De un lado, aquellas que tienen un objeto multidisciplinar -por ejemplo, una sociedad que presta servicios de arquitectura e ingeniería-; y de otro aquellas otras que dedicándose fundamentalmente a la prestación de una única actividad profesional (unicidad del objeto social), integran en su seno a miembros que, desde sectores profesionales diferentes, contribuyen conjuntamente a la consecución del mismo (por ej. una sociedad dedicada a la prestación de servicios jurídicos, integrada por abogados, economistas, y psicólogos)<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup>Dentro de este concepto deben incluirse también las sociedades compuestas por distintos especialistas de medicina (así lo apunta también G.LYON-CAEN, *L'exercice en société*, p.134), y ello porque en el ámbito médico el ejercicio de cada especialidad requiere una formación específica, añadida a la que permite la obtención del título de licenciatura en medicina en general. En efecto, sólo aquellos médicos que hayan obtenido el título de especialista correspondiente, estarán habilitados para el ejercicio de la actividad que ese título habilite. Esto no es equiparable a otras profesiones liberales como la arquitectura o la abogacía donde la especialización en materias concretas del sector profesional, y su práctica indistinta puede ser llevada a cabo tan sólo con el título universitario. (Así, una sociedad de abogados compuesta por civilistas, mercantilistas y laboralistas debe ser considerada en consecuencia como una sociedad unidisciplinar o monoprofesional en el sentido indicado en el texto). Naturalmente, y por la misma razón que la indicada en el campo médico, una sociedad compuesta por un abogado y un notario debe ser calificada como multiprofesional. Cuestión ésta que se hace incluso más patente que en el campo médico, toda vez que ambos profesionales del derecho deben inscribirse en Colegios diferentes, y se regulan por estatutos profesionales distintos.

2. Las ventajas que presentan estas sociedades son evidentes<sup>171</sup>.

a) Además de las ventajas anudadas a la *especialización y división del trabajo* que permite la presencia en un mismo prestador de servicios de profesionales de distintas ramas<sup>172</sup>, el ejercicio simultáneo y por la misma persona de varias profesiones permite obtener *economías de producción conjunta*<sup>173</sup>. En efecto, la multidisciplinariedad permite un *uso eficiente* de la información sobre el cliente, la cual puede utilizarse para prestarle distintos servicios profesionales sin necesidad de incurrir, para la prestación del servicio añadido, en los costes de procurarse tal información, coste que pesaría sobre el profesional al que se encargara la prestación del mismo servicio.

b) La participación de diferentes profesiones -normalmente complementarias- reduce los incentivos de los profesionales para provocar un "sobreconsumo" de los servicios de una profesión determinada. En efecto, en las sociedades unidisciplinares, sus socios tienen a menudo incentivos para maximizar la consumición de los servicios que prestan (servicios jurídicos, por ejemplo, frente a servicios económicos) incluso aunque sean excesivos. Por el contrario, si la sociedad está compuesta por profesionales de distintas actividades, se eliminan los incentivos de los miembros de una profesión para

---

<sup>171</sup>En general sobre lo que sigue v., F. FITZPATRICK, "Legal future shock: the role of large law firms by the end of the century" en *Indiana Law Journal*, 1989, vol.64, pp.461 ss; RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Cost and Law Firm Structure", *WPS*, 60, 1.996, pp. 1 ss.

<sup>172</sup>La mejor atención se convierte en uno de los argumentos principales -como parte del verdadero profesionalismo- que se aduce por los autores que propugnan la admisibilidad de sociedades interdisciplinares. En este sentido v. M.BERTERO, "A favore dell'interprofessionalità", y G.STRUPPA, "Società di professionisti a responsabilità limitata", ambos en *La società di professionisti*, Milano, 1.973, pp. 168 y 145 ss respectivamente.

<sup>173</sup>Para una aplicación práctica de estas economías en las *law firms* v. R.GILSON y MNOOKIN, "Sharing among the human capitalists: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, p.313 a 397; S.S.SAMUELSON, "The organizational structure of law firms: lessons from management theory", en *Ohio State Law Journal*, vol. 51, 1990, pp.647-648. En general sobre estas economías vid. § *infra* 16.

no enviar a sus clientes -en los casos que ello sea más conveniente- a otros especialistas de profesiones distintas<sup>174</sup>.

d) Por último, la multidisciplinariedad permite un mejor aprovechamiento del *brand name* de la sociedad, toda vez que la reputación asociada a un servicio concreto puede extenderse con facilidad a todos los servicios realizados por la sociedad<sup>175</sup>.

1. Las sociedades multidisciplinarias están ampliamente aceptadas en el Derecho comparado<sup>176</sup>. En realidad, las mismas no se enfrentan tanto a dificultades para su admisibilidad, como a la *ausencia de un régimen jurídico*

---

<sup>174</sup>En este sentido, RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Cost and Law Firm Structure", *WPS*, 1.996, p.21. y allí referencias.

<sup>175</sup>En general sobre la importancia de la reputación en el mercado de los servicios profesionales vid. lo que se dirá en *infra* § 17.1.3.

<sup>176</sup>Así por ejemplo en Francia, la ley de 23 de diciembre de 1.972, que modificó la redacción del párrafo primero del artículo segundo de la ley de 29 de noviembre de 1966, admite de forma general, la posibilidad de crear sociedades pluridisciplinarias; en Bélgica, el proyecto de 1.985 sobre sociedades civiles profesionales e interprofesionales y sociedades de medios, se orienta en la misma dirección; lo propio sucede en la regulación alemana de la *Partnerschaft*, y en los últimos proyectos de ley italianos sobre sociedades profesionales. Por su parte, el *Documento de consulta referente al ejercicio transfronterizo y bajo una forma colectiva de las actividades profesionales reguladas*, realizado por los servicios de la Comisión de la Comunidad, si bien adopta un enfoque unidisciplinario de estas sociedades, no rechaza tampoco la idea de la pluralidad de disciplinas, mostrándose *a priori*, favorable a la misma. No sucede lo mismo sin embargo en el ordenamiento americano, donde el rechazo a la multiprofesionalidad se hace especialmente palpable en el marco de la prestación de servicios jurídicos. En concreto el *Model Rules of Professional Conduct* (en adelante *Model Rules*), adoptado por la *American Bar Association* (ABA), en 1.983, establece que: *A lawyer shall not form a partnership with a non-lawyer if any of the activities of the partnership consist of the practice of law* (*Model Rules* 5.4). No obstante esta prohibición, el tema de la diversificación de las *law firm* es objeto de una viva polémica en la doctrina de aquel país. Para una síntesis de la misma con amplia información vid. por todos J.D.CONNERS "Law firm diversification: an affront to professionalism?", en *Ohio Northern University Law Review*, vol.17, 1990, pp.303-321. En el Reino Unido, y por lo que se refiere al mundo de la abogacía se está considerando la creación de "*multi-disciplinary partnerships*"; a tal efecto se han realizado diferentes encuestas a distintas compañías y empresas, sobre la viabilidad de "*mixed partnership* o *multi-disciplinary partnership*", a las que se ha respondido en términos muy favorables en cuanto a su posible constitución (Los resultados en porcentajes de las mencionadas encuestas se hallan recogidos por J.FLOOD "Megalaw in the U.K.: Professionalism or Corporatism?. A Preliminary Report", en *Indiana Law Journal*, 1989, vol.64, pp.584-585). La idea que late en esta actitud generalizada es la necesidad de integrar distintos expertos en las grandes firmas o compañías, no sólo en campos jurídicos, en caso de las *law firms*, sino en ámbitos bien distintos como el financiero, el marketing, la publicidad, dirección y administración de empresas, etc, todo lo cual produciría resultados mucho más eficaces y competitivos en el mercado. Si bien es cierto que formalmente no existe una aprobación formal para estas *mixed partnership*, informalmente ya se están realizando algunas de ellas.

*legal o doctrinal convenientemente adaptado a sus caracteres.* En efecto, el reconocimiento legal no suele ir, acompañado de una regulación específica que resuelva los problemas particulares que estas sociedades plantean. El legislador se limita, habitualmente, a remitirse a los colegios profesionales y a las normas corporativas para su solución<sup>177</sup>. Esta remisión parece razonable dado que el legislador se vería en grandes dificultades "informativas" para conocer las características particulares de todas y cada una de las profesiones colegiadas. No obstante, cuando se examinan los ordenamientos corporativos y reglas colegiales, tampoco encontramos una regulación detallada del problema de la multidisciplinariedad. En el mejor de los casos, se limitan a señalar entre qué profesionales es lícita la asociación, sin resolver los numerosos problemas relativos al control y vigilancia deontológica de los Colegios Profesionales correspondientes, esto es, cuestiones tales como la determinación del Colegio profesional al que le corresponderá el control; el tipo de control que debe ejercerse sobre los profesionales que pertenezcan a un colegio diferente; qué profesiones resultan afectadas; la inscripción de la sociedad determinando si debe realizarse en todos los Colegios profesionales

---

<sup>177</sup> Así por ejemplo el legislador francés, admitiendo en términos generales la legitimidad de las mismas, subordina expresamente su viabilidad a la redacción de las concretas condiciones de aplicación del reglamento profesional correspondiente. Lo mismo sucede en Bélgica, donde el legislador reafirma su confianza en las distintas autoridades profesionales, las cuales deberán establecer las condiciones por las cuales se podrá participar en la constitución de sociedades civiles interprofesionales; condiciones de constitución que deberán ser aprobadas por el Rey (Vid. Ch. LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: "les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp. 336-337). Asimismo en Alemania, la amplia apertura a la interdisciplinariedad que caracteriza a la regulación de la *Partnerschaft*, debe concretarse por los correspondientes ordenamientos profesionales que serán los que deberán determinar con qué otros profesionales pueden asociarse los que se encuentran sometidos a su regulación. Esta remisión ha sido también la decisión adoptada por el Pleno del Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Económica Europea, celebrado en Rodas en 1989, a propósito del debate acerca de los despachos multidisciplinarios donde en efecto se concluyó que la aceptación, rechazo, o regulación de la asociación de abogados en despachos multiprofesionales debía ser competencia exclusiva de los Colegios de Abogados de cada país, quedando establecidas por dicho Consejo unas bases mínimas para la regulación de los mismos, en caso de autorización por parte de los estados miembros. Estas bases son recogidas por K.J. ALBIEZ DOHRMANN y otros en, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, p. 112-113, y por L. DE ANGULO RODRIGUEZ, "Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales", en *Ejercicio en grupo*, pp. 332-333.

afectados o sólo en uno de ellos; la incidencia de la normativa colegial en los profesionales que no tengan obligación de colegiarse; la compatibilidad de las normas deontológicas aplicables a cada profesión, etc.

4. Como puede suponerse, se trata de cuestiones complejas y respecto de las cuales no existe una solución fácil<sup>178</sup>. En cualquier caso lo que no parece razonable es solventar la dificultad impidiendo la obtención de ventajas que la multidisciplinariedad ofrece<sup>179</sup>, al margen naturalmente de que una disposición en ese sentido chocaría además con el derecho constitucional al libre ejercicio de la profesión (art. 35 CE)<sup>180</sup>.

5. Procede pues, ofrecer algunas pautas, que a título orientativo puedan contribuir de *lege ferenda* a solucionar razonablemente la problemática específica de las sociedades multiprofesionales. Ha de advertirse que alguna de las cuestiones que las mismas suscitan quedan en este momento incompletas, por integrarse dentro de cuestiones generales del régimen jurídico de las sociedades profesionales al que se dedicará la segunda parte de este trabajo.

a) A la vista de las consideraciones precedentes entendemos que debe partirse de la legitimidad de cualquier combinación entre profesiones

---

<sup>178</sup> Probablemente estas razones llevaron a los redactores del Anteproyecto del futuro Estatuto General de la Abogacía a optar por rechazar pura y simplemente la posibilidad de despachos multiprofesionales, al exigir en su artículo 33 a) que el objeto exclusivo del despacho fuese el ejercicio de la abogacía y que todos los miembros fuesen abogados en ejercicio.

<sup>179</sup> Afortunadamente el Proyecto de Ley del Estatuto General de la abogacía admite expresamente en su artículo 29 la "colaboración multiprofesional".

<sup>180</sup> El cual se encuentra reiterado por el artículo 38 al establecer el principio de la libertad de empresa. La conjunción de ambos preceptos da pie en efecto a sostener la existencia de un principio *pro libertate* en materia de ejercicio profesional: L. TOLIVAR ARIAS, "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", y J.L. VILLAR PALASI/J.L. VILLAR EZCURRA, "La libertad constitucional del ejercicio profesional", ambos en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, II, Madrid, 1.991, pp. 1.337-1370, y 1371-1413, respectivamente.

liberales, colegiadas o no. Aunque, normalmente el interés por asociarse existe sobre todo en el seno de una misma familia de profesiones liberales (notarios con abogados o procuradores; ingenieros con aparejadores y arquitectos, etc.)<sup>181</sup>, no hay por qué excluir el que en determinadas ocasiones, surjan intereses por efectuar combinaciones más amplias, que aconsejen también su agrupación<sup>182</sup>. Este sería el caso de sociedades que, teniendo por objeto la prestación de servicios jurídicos quisiera integrar en su seno otros profesionales como economistas, psicólogos, publicistas, etc.<sup>183</sup>.

b) El problema más grave al que se enfrentan estas sociedades es el de la existencia de *incompatibilidades* entre algunas profesiones. Así, por ejemplo, mientras forma parte del núcleo de la actividad de los abogados la preservación del secreto profesional, esta obligación tiene perfiles muy diferentes en el caso de los auditores de cuentas<sup>184</sup>. Una forma de solucionar

---

<sup>181</sup> Esto ha llevado a algún legislador a permitir exclusivamente las sociedades entre profesionales que pertenezcan a la misma "familia". Este es el caso por ejemplo de los "*réglement d'administration publique*" franceses que se encargan de desarrollar la interdisciplinariedad admitida en términos generales en la ley de sociedades civiles profesionales. La misma orientación guía el proyecto belga de 1.985 sobre sociedades civiles profesionales, el cual establece que las distintas profesiones deben presentar un carácter complementario -aún cuando esta complementariedad no queda definida-. En Italia, el Proyecto de 28 de julio de 1.976 sobre sociedades profesionales -hoy abandonado-, exigía asimismo una proximidad profesional, en virtud de la cual la legitimidad de las sociedades profesionales quedaba codicionada a que las mismas fueran constituidas entre profesiones afines o análogas. (El texto del mismo aparece transcrito en la obra de MAZZOCA, *La società di professionisti*, Milano, 1.990, p.109).

<sup>182</sup> Esta es la opinión a que también llega el Documento de Consulta Comunitario mencionado (v. nt. 178), y la regulación alemana de la *Partnerschaft* a la que también nos hemos referido, la cual no pone limitación alguna a la combinación de las diferentes profesiones que establece en el catálogo de las que pueden acogerse a esta forma societaria.

<sup>183</sup> En el marco de las *law firm*, existe en Estados Unidos una amplia corriente doctrinal que aconseja junto a los abogados, la inclusión de otro tipo de profesionales -colegiados o no-. V. por todos RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Cost and Law Firm Structure", *WPS*, 1.996, p.21, y allí referencias.

<sup>184</sup> Traemos a colación este ejemplo a propósito de la viva polémica que se ha suscitado a raíz de las últimas fusiones que se han producido entre bufetes y departamentos legales de las firmas de auditoría, y que se ha zanjado parece que con carácter definitivo con la prohibición por el nuevo Proyecto de Estatuto General de la Abogacía de cualquier relación entre abogados y auditores. La polémica no obstante continúa. La reacción de los auditores no se ha hecho esperar.. Puede consultarse una amplia información al respecto sobre todo en la prensa económica. (Diario económico *Expansión* de 29 de julio de 1997, p.36; de 30 de julio de 1997, p.36; de 11 de octubre de 1997, p.37; de 15 de octubre de 1997, p.41; de 17 de octubre de 1997, p.38; de 21 de octubre de 1997, p.45; 22 de mayo de 1998; 23 de mayo de 1998; *Cinco días*, de 21 de octubre de 1997, p.34, etc.).

el problema puede pasar por exigir en cada caso concreto una autorización de las autoridades profesionales competentes como requisito de constitución de la sociedad multiprofesional. A nuestro juicio, sin embargo, parece una solución más razonable la de elaborar una regulación que recoja, con carácter general, las combinaciones profesionales que se consideran inaceptables. Así, podría elaborarse una lista formulada en términos positivos indicando las profesiones b

f) Por lo que respecta a la *inscripción* de las sociedades multiprofesionales, el criterio más razonable nos parece el del objeto social<sup>185</sup>. En efecto, de tratarse de una sociedad que tenga por objeto una *práctica multidisciplinar*, parece que lo sensato es la inscripción de la misma en los colegios correspondientes a cada una de las disciplinas profesionales a las que se dedica. Del mismo modo que los Colegios profesionales exigen la inscripción de los profesionales -personas físicas- que pretenden dedicarse al ejercicio de su profesión, debiera establecerse la misma obligación para aquellas sociedades que pretenden lo propio y por ende adoptar esa categoría profesional. De ejercer varias profesiones la inscripción debería pues, practicarse en todos los colegios profesionales que correspondan. Por el contrario, si estamos ante sociedades dedicadas a la *práctica de un único objeto social*, aunque cuenten en su seno con profesionales de otras disciplinas<sup>186</sup>, parece suficiente que la sociedad se inscriba en el Colegio

---

<sup>185</sup>Con ello rechazamos la solución propuesta por el Documento de Consulta comunitario que propone la inscripción de la sociedad en cada uno de los colegios al que pertenezcan los diferentes miembros de la sociedad.

<sup>186</sup>Sin perjuicio de que ellos como personas físicas deban estar inscritos en su correspondiente colegio, quizá con la indicación de que ejercen en una sociedad.



profesional que se corresponda con la actividad profesional, objeto de la sociedad<sup>187</sup>.

## II. SOCIEDADES PROFESIONALES MIXTAS.

1. Denominamos así a aquellas sociedades en las que junto a los profesionales que prestan su actividad, existen socios cuya aportación se circunscribe a la financiación del objeto social, es decir, socios de capital que no están habilitados para el ejercicio de la profesión.

La participación de socios de capital cumple funciones económicas idénticas a las que desarrolla en cualquier otro contexto: resolver el problema de los límites de capital de los socios, en este caso, profesionales. Ahora bien, la asociación no constituye el único método para obtener capital. En efecto, nada obsta, en principio, a que los profesionales que se dispongan a llevar a cabo una actividad profesional y no cuenten con los medios o recursos suficientes para ello, acudan a los intermediarios financieros para obtenerlo a través del préstamo. Si se acude a la asociación con el aportante de capital debe ser porque tal asociación permite obtener alguna otra ventaja contractual. A nuestro juicio, la ventaja se encuentra en la *diversificación de riesgos*<sup>188</sup>. En efecto, mediante la participación del aportante de capital como

---

<sup>187</sup> Este problema no se ha planteado en la regulación alemana de la *Partnerschaft*, puesto que el mismo preve un registro especial para todas las sociedades profesionales, que adopten esta forma societaria, sin hacer distinción sobre su carácter mono o interprofesional.

<sup>188</sup> La aversión al riesgo como justificación a la titularidad común de rendimientos generados por determinados activos fue propuesta por CHEUNG a finales de la década de los años setenta. V. S.N.S.CHEUNG, "Transaction cost, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements", *J.L. & Econ.*, 1.967, vol.12, pp. 23 ss.; pero mucho antes F.KNIGHT, *Riesgo, incertidumbre y beneficio*, cap.8, recogido en PUTTERMAN (ed), *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 80-81: "Es indudablemente cierto que la necesidad de reducción del riesgo, respecto al capital que se toma prestado, es el principal factor que subyace al desplazamiento del empresario individual por la sociedad sin responsabilidad limitada..". Un ejemplo en POSNER : *How does the impecunious entrepreneur who has a promising idea for a new venture go about raising the necessary capital? Borrowing all the needed capital is probably out of the question. If the riskless*

socio, el profesional evita tener que amortizar en un término fijo y normalmente inmediato el capital que precisa y, a la vez, pagar los intereses en cantidades periódicas, ya que la retribución de éste se realiza en función de los resultados obtenidos y no repercute, por tanto en la estructura de costes de la sociedad<sup>189</sup>. Esta es en definitiva la causa última que justifica este tipo de sociedades de composición mixta.

2. Los problemas específicos de admisibilidad que plantean estas sociedades derivan, como no podía ser de otro modo, de la integración en las mismas de socios no habilitados para el ejercicio de la profesión<sup>190</sup>. Es por

---

*interest rate is 6 percent but the venture has a 50 percent chance of failing and having no assets out of which to repay the loan, the lender, if risk neutral will charge an interest rate of 112 percent. The high interest charge, plus amortization, will impose a heavy fixed cost on the venture from the outset. this will increase the danger of failure and in turn the interest rate... An alternative is for the entrepreneur to admit a partner to the bussiness who is entitled to receive a portion of the profits of the venture, if, any, in exchange for contributing the necessary capital to it: R.A..POSNER, Economic Analysis of Law, 4ª ed., Boston-Toronto, 1.992, p.392.*

<sup>189</sup>De otro lado, al aportante de capital, el compartir la propiedad con el profesional le permite controlar los costes de agencia de la deuda: la participación en el capital del proveedor de fondos, es una forma de garantizarse derechos de control sobre la conducta de que va a invertir y manejar los fondos. *People (often acting through institutions such as banks) who wish to occupy the role of true lenders will insist that the business be financed with enough equity capital -with a large enough equity cushion- so that they can feel reasonably secure against risk of default and, possibly so that they need not concern themselves with problems of control. Given the optimal size of any partiucular business, no one individual may be willing or able to provide the full amount of his required equity cushion. Two or more such equity investors ill then be required to pool their resources: KLEIN/COFFEE, Business organization and Finance. Legal and Economic Principies, 4ª ed., N.York, 1.990.*

<sup>190</sup>Quizá el no querer afrontar los problemas derivados de una composición mixta es lo que ha movido a un gran número de legisladores a condicionar la viabilidad de las sociedades profesionales únicamente a los supuestos de composición puramente profesional. Así, en este sentido, el artículo tercero de la ley de sociedades civiles profesionales francesa (L. 29 nov. 1.966) establece que: *Peuvent seules être associées, sous réserve des dispositions de l'article 24, les personnes qui, préalablement à la constitution de la société, exerçaient régulièrement la profession ainsi que celles qui, réunissant toutes les conditions exigées par les lois et règlements en vigueur, ont vocation à l'exercer.* Un comentario a dicho precepto puede verse en A. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, pp. 87-97, la cual extrae dos consecuencias fundamentales de dicho precepto: *l'exclusion absolue des non-professionnels*, y *l'admission très large des professionnels*; sobre dicho precepto vid. también vid. J.SAVATIER, "Sociétés civiles professionnelles", *Repertoire des sociétés*, T.IV, Dalloz, 1.993, pp.1 ss, 5. Por su parte el legislador de la *Partnerschaftsgesetz* alemana, establece expresamente en su §1, que la condición para ser miembro de esta sociedad es la habilitación profesional correspondiente, y el ejercicio activo de la profesión en la misma. La ley no contiene una definición de que es lo que debe entenderse por "*Freier Berufe*", sin embargo contiene en su párrafo segundo un catálogo de los profesionales que pueden acogerse a esta nueva forma social. Para una amplia referencia a las características de cada una de las profesiones contenidas en el catálogo y sus condiciones de acceso a la *Partnerschaft* vid.

ello necesario analizar las implicaciones que esta composición mixta tiene sobre la óptica del ejercicio de la profesión. A tal efecto, conviene recordar que, en virtud del principio de "reserva de actividad", la actividad profesional, debe ser llevada a cabo únicamente por aquellas personas dotadas de una específica cualificación profesional demostrada por la posesión de un título y la inscripción obligatoria en un Colegio Profesional. Este principio constituye, hoy por hoy, una cuestión de orden público, no disponible por la voluntad de las partes, y sujeta a tutela penal (art. 423 CP)<sup>191</sup>.

a) Así las cosas, el primer argumento que aducen quienes entienden que las sociedades profesionales deben constituirse exclusivamente por profesionales se comprende sin dificultad: con dicha exigencia se pretende impedir que en la sociedad los servicios profesionales puedan ser realizados por personas que carecen de la correspondiente cualificación profesional. En otras palabras, con esta exigencia se pretende impedir que la sociedad constituya un instrumento favorecedor del *intrusismo profesional*<sup>192</sup>.

---

SEIBERT, *Münchener Handbuch*, 1.995, § 33, marginales 4-24; del mismo autor, *Die Partnerschaft*, 1.994, pp. 53 ss; vid. así mismo las consideraciones que al respecto realiza K.SCHMIDT, "Partnerschaftsgesetzgebung zwischen Berufsrecht, Schuldrecht und Gesellschaftsrecht", ZIP, 1.993, pp. 633 ss, 639. En Italia si bien no existe una regulación legal al respecto, lo cierto es que la doctrina que se ocupa del tema entiende que "l'unico schema giuridicamente accettabile di società fra professionisti è quello appunto che vuole la società costituita in via esclusiva fra professionisti": RESCIGNO, *Le società fra professionisti*, 1.985, pp. 102-103; SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*. Dentro de nuestras fronteras, el Proyecto del Estatuto General de la Abogacía, establece en esta línea que únicamente pueden agruparse para la constitución de despachos colectivos los abogados en ejercicio (art. 28.2).

<sup>191</sup>El mencionado artículo contiene dos tipos básicos del delito de intrusismo profesional: el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente (castigado con la pena de multa de seis a doce meses) y la misma conducta si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no estuviere en posesión de dicho título (penada con multa de tres a cinco meses). Y otro agravado para cada uno de lo anteriores ("Si el culpable además, se atribuyeses públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años"). En general sobre las medidas colegias conducentes a evitar el intrusismo profesional vid. L. CALVO SANCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998, pp. 561 ss, y allí abundantes referencias doctrinales sobre el delito de intrusismo profesional.

<sup>192</sup>En este sentido el riesgo de intrusismo ha sido aducido también como argumento para rechazar la admisibilidad de las sociedades de capital, toda vez que la subjetivización absoluta de estas sociedades, no dejaría entrever la composición personal de la sociedad, propiciando así la posibilidad de este intrusismo. Así

Como hemos señalado ya, la posibilidad de que no-profesionales lleven a cabo actuaciones reservadas a profesionales se produce con independencia de la relación jurídica que ligue a unos con otros, de manera que no vemos en qué medida aumenta el riesgo de intrusismo por el hecho de que el no profesional sea socio en lugar de ser asalariado o prestamista. Por lo tanto, no hay motivo alguno para prohibir que de la sociedad formen parte otras personas que no reúnan esa cualificación profesional y que por ello nunca vayan a prestar este tipo de servicios<sup>193</sup>, limitándose exclusivamente a la financiación de esa actividad profesional<sup>194</sup>.

b) Otro de los argumentos contra la admisibilidad de la presencia de personas ajenas a la profesión, es que con ello se asegura que los profesionales socios ejercen su juicio profesional libre de interferencias de no profesionales. Esta interferencia sería relevante en la medida en que los profesionales internalizan patrones de conducta propios cuyo incumplimiento genera una sanción en términos reputacionales que no afectaría a quien no forma parte de la profesión y, en todo caso, a quien se limita a realizar una aportación de capital<sup>195</sup>. El socio capitalista tendría incentivos así, para influir

---

YZQUIERDO TOLSADA. *Responsabilidad del profesional*, p.161; SCHIANO DI PEPE, "Spunti per una riflessione in tema di società tra professionisti", en *Riv.not.*, 1.976-II, pp- 965-977, 975.

<sup>193</sup>Para disipar cualquier duda, las propias regulaciones societarias que admiten una composición mixta en estas sociedades se encargan de insistir en la idea de que los servicios profesionales únicamente pueden ser llevados a cabo por personas específicamente habilitadas para el ejercicio de la correspondiente profesión. Así por ej., el art. 1.IV de la ley francesa de *sociétés d'exercice libéral* establece que: *Ces sociétés ne peuvent accomplir les actes d'une profession déterminée que par l'intermédiaire d'un de leurs membres ayant qualité pour exercer cette profession*. En el mismo sentido la *Business Corporation Law* del estado de Nueva York, establece en su artículo 15 dedicado a las *Professional Service Corporations* que: *"No professional service corporations may render professional services except through individuals authorized to render such professional services as individuals"* (§1504 a).

<sup>194</sup>En este sentido también DEL POZO *El Nuevo Registro*, Madrid 1990, p.145; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.107.

<sup>195</sup>Así lo sintetiza -criticándolo después- RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Cost and Law Firm Structure", *Law & Econ. WPS*, 1.996, p. 17-18, y allí referencias.

sobre el trabajo de los socios profesionales en una forma negativa: anteponiendo los intereses puramente económicos sobre cualesquiera otros.

Aún siendo este ciertamente un argumento de peso, no por ello resulta insalvable. El ejercicio independiente de la profesión, libre de interferencias ajenas, puede asegurarse siempre que se garantice que, en todo caso, la sociedad estará controlada por una mayoría profesional. Es decir, que los socios profesionales controlen la administración social, la mayoría del capital y de los derechos de voto<sup>196</sup>. Esta exigencia se convierte por lo demás, en un requisito esencial en las disposiciones de derecho comparado (*infra* aa) y normas sectoriales que en nuestro ordenamiento han reconocido la posibilidad de esta composición mixta en las sociedades profesionales (*infra* bb).

aa) Así, en el marco del derecho comparado, la exigencia de una mayoría profesional tanto por lo que se refiere al capital social como a los derechos de voto viene impuesta por el artículo 5º de la ley francesa de 31 de diciembre de 1990 sobre *sociétés d'exercice libéral*<sup>197</sup>. La misma línea es propuesta en el proyecto de ley italiano nº. 4565 de 8 de

---

<sup>196</sup>En el mismo sentido en nuestra doctrina, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.110; CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en sociedad*, p.252. quien al objeto de reforzar el respeto a la independencia profesional en el ejercicio de la actividad, propone además distinguir dentro del ámbito de la sociedad, un campo reservado o reservable, que quede fuera del normal ámbito de actuación de los órganos sociales. En este sentido el autor propone distinguir la esfera de la gestión y representación sociales de la esfera técnica o científica, en la que se podrían determinar los criterios o pautas a que debieran someterse los profesionales en su actividad. Esta distinción no constituiría - como afirma el autor- algo absolutamente desconocido en nuestro ordenamiento toda vez que el art. 15 del Código deontológico Médico prevé (*a sensu contrario*) una norma similar.

<sup>197</sup>En el segundo apartado del mencionado artículo se preve además una regulación detallada de como debe quedar distribuido el resto del capital y de los derechos de voto. En este sentido el legislador impone que el 49% restante puede ser detentado bien por personas que, de algún modo, tengan relación con la profesión ejercida en sociedad (entran en este grupo los profesionales, personas físicas o jurídicas, que ejerzan la misma profesión que constituye el objeto de la sociedad, pero que no la ejercen en ésta, y los profesionales que ejerzan una profesión próxima a la ejercida en sociedad), o con los profesionales que ejerzan en ella (en este grupo entrarían las personas que habiendo cesado en su actividad profesional hubieran ejercido ésta en el seno de la sociedad [para ellas el límite temporal a la detentación de capital se fija en los diez años], así como, los herederos de los profesionales que hayan ejercido en la sociedad durante un plazo máximo de cinco años), bien a personas físicas o jurídicas que no tengan ningún vínculo ni con la profesión, ni con los profesionales. La aceptación de esta última participación totalmente externa, necesita estar prevista en los reglamentos particulares de cada profesión, y no podrá ser superior al 25% del capital social (salvo en el caso de sociedades comanditarias por acciones donde se permite que la participación ascienda a un porcentaje inferior a la mitad del capital social). (art. 6). Vid.J.J.DAIGRE y D.LEPELTIER, *Société d'exercice libéral*, Paris, 1.994, pp.14-18.

febrero de 1.990 sobre sociedades profesionales, donde, siempre que no superen a la mitad de los socios ni el 49% del capital social, se admite la presencia de no profesionales, que inviertan, financien o aporten los medios necesarios para la construcción y gestión de la estructura técnico-organizativa<sup>198</sup>.

bb) En nuestro ordenamiento, y dentro de esta línea favorable a la composición mixta de estas sociedades, nos encontramos en el ámbito tributario con el art. 75,1.b) de la Ley 43/1195 del IRPF, el cual exige, que los profesionales participen al menos en un 50% de los beneficios de la actividad profesional de la sociedad<sup>199</sup>. Por su parte el art.10 LAC, al regular las sociedades de auditores, exige que la mayoría de sus miembros sean tales, y a la vez les corresponda la mayoría de capital social y de los derechos de voto. Asimismo se exige que la mayoría de administradores y directores de la sociedad sean socios auditores, debiendo serlo en todo caso el administrador único en sociedades de este tipo. Dentro del ámbito corporativo, la *Normativa para la inscripción de sociedades de arquitectos en el COAM* (Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid), establece en su artículo segundo letra b), la posibilidad de que en las sociedades de arquitectos puedan ser socios, "*junto con los Arquitectos colegiados, todo tipo de personas físicas*", añadiendo que "*la participación de los Arquitectos colegiados en el capital social no será inferior al 51%. Igual proporción se observará en la composición del órgano de gobierno si fuere pluripersonal, debiendo recaer en un Arquitecto colegiado cuando fuese unipersonal*". En el mismo sentido, el Colegio de economistas de Madrid, ha permitido en su *Resolución sobre el ejercicio profesional asociado y el Registro de sociedades de economistas*, la viabilidad de sociedades de economistas siempre que la mayoría de los socios sean

---

<sup>198</sup> Dicha presencia sólo se consiente donde la actividad profesional requiera de una organización completa y la utilización de equipos de elevado costo: queda a salvo según lo establecido en el proyecto, el poder reconocido a los colegios provinciales y locales de prohibir sociedades así compuestas cuando consideren que la específica actividad no lo requiera. Vid. G.AMADIO "Le prospettive di una riforma", en *Riv.dir.civ.*, 1.990.II, p.665 y ss. Por el contrario la Ley nº 1815 de 1.939 *relativa alla disciplina degli studi di assistenza e consulenza* ha servido de apoyo a los autores que mantienen la necesidad de una composición exclusivamente profesional, toda vez que en el artículo primero de la ley se establece la necesidad de que sus miembros estén dotados *dei necessari titoli di abilitazione professionale*. En este sentido, vid., por todos SCHIANO DI PEPE, *Società di professionisti*, p.179.

<sup>199</sup> Este artículo ha supuesto una modificación en relación al que anteriormente se ocupaba de estas sociedades. En efecto el art. 52,1,B de la ley del IRPF anterior, exigía que la participación de no profesionales no podía superar el 5% del capital social. Ahora, como ha quedado indicado en el texto, esta participación se ha ampliado. Lo que en cualquier caso interesa poner de relieve es que, en el marco tributario, la infracción de la mayoría profesional que exige la ley sólo tiene por efecto la no sujeción al régimen de transparencia fiscal impuesto para estas sociedades, no afectando por consiguiente a la validez de estas sociedades.

economistas colegiados, siendo además propietarios de más del 50% del capital social<sup>200</sup>.

A nuestro juicio, la violación de la necesaria mayoría profesional debería abrir un plazo para regularizar la situación, pasado el cual, y a instancia de cualquier interesado, podría instarse en cualquier momento la disolución de la sociedad<sup>201</sup>.

c) Contra la composición mixta de las sociedades profesionales se alega igualmente que la presencia de personas ajenas a la profesión puede plantear dificultades para garantizar el cumplimiento de los específicos deberes deontológicos que pesan sobre el profesional liberal<sup>202</sup>. Dos son fundamentalmente las reglas deontológicas que a estos efectos merecen una referencia especial. De un lado la prohibición de dar participación en los honorarios profesionales a personas ajenas al ejercicio de la profesión, y de otro, el respeto del secreto profesional.

aa) Para examinar adecuadamente la primera cuestión<sup>203</sup>, ha de determinarse con claridad la *ratio* que fundamenta la prohibición y ver si la misma se ve contravenida por el ejercicio en sociedad. Parece evidente que con tal regla se pretende impedir que los profesionales realicen captación de clientela por vía indirecta, esto es, a través de terceras personas a las que,

---

<sup>200</sup>El contenido de esta Resolución puede consultarse en J.FOLGUERA CRESPO, "Sociedades profesionales de economistas", *Economistas*, 1.986, 1.987, n.23, p. 178.

<sup>201</sup>Seguimos en este punto la solución prevista en ley de *sociétés d'exercice libéral* citada, que por lo demás es la única regulación que se ha ocupado de prever las consecuencias de la infracción de la citada mayoría. El resto de disposiciones citadas aún cuando exigen la misma guardan silencio a este respecto.

<sup>202</sup>Sobre estos argumentos vid. ampliamente GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 111 ss.

<sup>203</sup>Así explícitamente v. por ej., el artículo 33 d) del Anteproyecto del EGA que prohíbe expresamente "reconocer participación alguna en tales honorarios a personas o entidades que no sean miembros del despacho colectivo (que como ha quedado apuntado en otro lugar sólo pueden ser abogados en ejercicio) u otros abogados colaboradores". Referencia tomada de ALBIEZ DOHRMANN, *Las formas societarias*, p. 149.

lógicamente, habrán de remunerar con una "comisión" o parte en el negocio<sup>204</sup>.

Pues bien, no parece que la constitución de una sociedad entre profesionales y socios capitalistas ponga en riesgo la prohibición, toda vez que la participación de socios no profesionales no parece que *a priori* vaya orientada directamente a la captación de clientela (sino -como en su momento hemos dicho- a la financiación de la actividad profesional)<sup>205</sup>. Pero aunque así fuera, debe recordarse que la prohibición de captación de clientela va ligada directamente a la prohibición de publicidad a la que hasta ahora se veían sometidos los profesionales. Prohibición que está siendo derogada paulatinamente por las disposiciones encargadas de regular la materia publicitaria en el ejercicio de la profesión en los distintos cuerpos profesionales<sup>206</sup>, y que está en concordancia con la aplicación de las normas

---

<sup>204</sup>Otra de las razones sobre la que tradicionalmente se ha hecho descansar esta prohibición, es por el peligro de que con ella pudieran vulnerarse los intereses de la clientela en la elección del profesional. Con ello tal y como afirmó en su momento SAVATIER, se pretende que el cliente tenga un conocimiento exacto de a quien debe la cantidad a desembolsar, fortaleciendo así la relación personal con el profesional (SAVATIER, *La profession libérale*, Paris, 1947, pp. 244-277). El peligro que en otro caso se produciría, se ha querido poner de manifiesto incluso cuando el reparto de honorarios se produjera entre profesionales. En efecto, si bien derogado en la actualidad, en el campo médico el art. 78 del anterior CDM, proscibía totalmente la dicotomía, "*es decir, la participación de honorarios entre médicos o entre éstos y el personal paramédico*". El artículo 81 del mismo código atenuaba esta prohibición permitiendo exclusivamente la distribución de honorarios en los supuestos de trabajo en equipo, siempre que sus componentes fuesen médicos y hubiesen participado de forma efectiva en la asistencia al paciente. Información recogida por R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en Sociedad*, p.111. En la actualidad el reparto de honorarios entre profesionales no ofrece problema alguno en ninguno de los códigos deontológicos y ello aún cuando en el ejercicio de la profesión se practique en sociedad, donde como es sabido se produce una imputación al ente de los honorarios que luego distribuirá entre sus miembros, por lo que el peligro de que puedan vulnerarse los intereses de la clientela en la elección del profesional no puede ya seguir considerándose como *ratio* de la prohibición que ahora nos ocupa. Sobre los distintos mecanismos para el reparto de honorarios entre los miembros de un bufete puede consultarse la monografía de B.BOCCARA, *Los honorarios del abogado*, Madrid, 1.984, esp. 210 ss.

<sup>205</sup>En este sentido también R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.112.

<sup>206</sup>En este sentido resulta especialmente significativa la apertura en materia de publicidad experimentada en el ámbito de la Abogacía. Así el art. 31 del vigente Estatuto General de la Abogacía (de 24 de julio de 1982), que establece una prohibición absoluta en lo relativo a la publicidad de los Abogados, debe considerarse hoy derogado en virtud del *Reglamento de Publicidad de la Asamblea General del Consejo General de la Abogacía Española* de 19 de diciembre de 1997, en vigor desde el 1 de enero de 1998. Aunque el lanzamiento de campañas o programas concretos está sujeto a la aprobación del Colegio Profesional, lo cierto es que la apertura



que defienden la libre competencia en el marco de las profesiones colegiadas, tras la Reforma reciente introducida en la Ley 7/1997 de 14 de abril<sup>207</sup>, y con la regulación del fenómeno publicitario en lo que se refiere al ejercicio profesional sugerida por esta Ley. Ante este proceso de liberalización de la actividad publicitaria no parece desorbitado afirmar que en un futuro no muy lejano la publicidad de los profesionales sea realizada por un tercero con el que previamente ha contratado (bien acordando una cantidad fija, bien determinando un porcentaje de los honorarios obtenidos por la clientela conseguida gracias al primero). Consecuentemente, aún en el caso de la participación de socios capitalistas en una sociedad profesional estuviera orientada a la captación de clientela, ello no resultaría tampoco sancionable.

bb) El otro argumento deontológico aducido contra la participación de personas ajenas a la profesión se ha hecho descansar en el peligro que una composición mixta implicaría en orden al mantenimiento del secreto profesional<sup>208</sup>. El principio de recíproca información de los asuntos sociales entre los socios podría en efecto, poner en peligro la confidencialidad

---

publicitaria sancionada por este Reglamento, abre campos hasta ahora inexplorados. En la misma línea de liberalización publicitaria se mueve el Proyecto del nuevo Estatuto General de la Abogacía (artículo 25). Lo propio ha sucedido en el mundo de la Arquitectura. En artículo 17 del Reglamento de normas deontológicas de actuación profesional de los Arquitectos de 1971, tras varias modificaciones establece en su redacción definitiva (aprobada por la Asamblea Ordinaria de Juntas de Gobierno de 25 de noviembre de 1.994) que "*El arquitecto podrá ofrecer sus servicios profesionales mediante mensajes publicitarios emitidos bajo cualquier forma de comunicación dentro de los límites y condiciones impuesto por la Ley General de Publicidad y los que se establecen en esta disposición*". Más información al respecto en M<sup>a</sup>.T.ALONSO PEREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos, y arquitectos*, Barcelona, 1.997, p.317)

<sup>207</sup>Ley 14 de abril 1997, n.7/1997 de Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales (BOE 15 abril 1997,n.90).

<sup>208</sup>Secreto que -normalmente- viene impuesto por la normativa colegial (así por ej. el art. 17.e del Código de deontología médica), pero que en ocasiones viene además impuesto legalmente (así vid. arts 437.2 y 438 LOPJ en relación con la abogacía y los procuradores respectivamente. Asimismo es la Ley de Auditoría la que en su artículo 13 regula el deber de secreto de los auditores, si bien en estos casos el mismo aparece más atenuado (arg. ex art. 14 LAC). Sobre la regulación, naturaleza y elementos del secreto vid. J.MICHAVILA NUÑEZ, "El derecho al secreto profesional y el artículo 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E.García de Enterría*, II, Madrid, 1.991, pp. 1415-1433, citado por GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 113 ss, y allí ulteriores referencias. En concreto sobre el secreto del abogados y procuradores, v. J.RIGO VALLBONA, *El Secreto profesional de Abogados y Procuradores en España*, Bosch, Barcelona, 1.988.

profesional si los socios ajenos a la profesión hicieran valer su derecho de información sobre la marcha de los asuntos sociales, entrando a conocer aspectos o informaciones de carácter reservado que los clientes confían al profesional o profesionales encargados materialmente de atender sus encargos<sup>209</sup>.

Esta peligro puede no obstante, ser fácilmente contrarrestado desde una doble perspectiva. *Ad intra* desde el punto de vista societario, la solución al mismo vendría por el *principio general de buena fe* que pesa sobre la generalidad de los socios<sup>210</sup>. En efecto, como es sabido, manifestaciones concretas de dicho principio son la no utilización o publicación de datos confidenciales de la sociedad, y el no dar informaciones que puedan perjudicar el crédito de ésta<sup>211</sup>. La vulneración pues, del secreto profesional, además de implicar para los profesionales una infracción deontológica, se

---

<sup>209</sup>Este peligro no existe en aquellas sociedades de composición exclusivamente profesional, en tanto que los socios, como profesionales están obligados a guardarlo. La ausencia de peligro en orden a la vulneración del secreto en estos casos, puede deducirse del artículo 7.4 de la Ley 1/82, de 5 de mayo, sobre *Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen*, en el sentido de que la revelación de datos conocidos a través de la actividad profesional, considerada por la ley como una intromisión ilegítima, "no se circunscribe a los datos conocidos por una relación profesional (cliente y abogado; paciente y médico), sino también por el mero ejercicio de la actividad profesional aunque no exista aquella relación". Así las cosas, tal y como afirma GARCIA PEREZ, por el "mero ejercicio de la actividad profesional", esto es, por el ejercicio en sociedad, estarán obligados todos los socios profesionales a guardar secreto profesional, aunque la relación quede formalmente establecida con la sociedad. Ello viene avalado entre otros por el artículo 14 n.º.15 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales, el cual impone la obligación de guardar secreto de aquellos hechos "de los que se tenga conocimiento como asociado-colaborador de otro compañero". V. GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 113 ss.

<sup>210</sup>En este sentido también GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.117, la cual reseña así mismo otras soluciones que al objeto de proteger el secreto profesional, apuntan algunas normas sectoriales. Así la autora da cuenta de la vía propuesta por la *Normativa reguladora de los Registros colegiales de sociedades profesionales de arquitectos*, aprobada por la Junta de Gobierno del Colegio de Arquitectos de Andalucía Oriental, en la cual se propone la suscripción de un compromiso por el órgano de representación de la sociedad, en el que se hace constar una declaración de los socios profesionales que participan en la sociedad por la que "asumen como propia la responsabilidad por las contravenciones a las normas legales y colegiales oordenadoras del ejercicio de la profesión, que resulten de la actividad social". Una crítica al mismo en CADARSO PALAU, "Las sociedades de arquitectos", *Ejercicio en grupo*, p.398. Otra solución es la impuesta en la Ley de Auditoría, donde la sanción por la infracción del secreto profesional, considerada como una infracción grave, se extiende a la sociedad cuando fuese impuesta "a cualquiera de los socios que hubieran actuado en nombre y representación o por cuenta de la sociedad de auditoría."

configura para la generalidad de los socios como un deber societario, cuya infracción daría lugar a una responsabilidad societaria. *Ad extra* debe entenderse que existe un pacto implícito entre la sociedad y el cliente por el que todos los miembros de la primera se comprometen a guardar su confidencialidad, de tal forma que su vulneración implicaría un incumplimiento del contrato<sup>212</sup>.

### III. APTITUD DE LAS PERSONAS JURIDICAS PARA SER MIEMBRO DE UNA SOCIEDAD PROFESIONAL.

1. La última cuestión problemática relativa a la composición subjetiva de las sociedades profesionales, es la referida a la aptitud de las personas jurídicas para ser miembro de una sociedad profesional. Cuestión ésta que ha merecido el rechazo generalizado del legislador. En efecto, tanto los ordenamientos de Derecho comparado, como las disposiciones específicas que entre nosotros se han ocupado del tema, han optado en su mayoría por admitir únicamente la participación de profesionales, personas físicas<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup>Vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.423; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1421.

<sup>212</sup>En este sentido debe afirmarse que este deber también recae sobre el profesional contratado, secretarías, etc. que prestan su actividad en una sociedad compuesta únicamente por socios profesionales.

<sup>213</sup>Así, en Francia, el legislador de las sociedades civiles profesionales, ha establecido en sus dos primeros artículos -uno referido a las sociedades monoprofesionales, y el otro a las interprofesionales-, que sólo las personas físicas pueden ser miembros de la sociedad. Vid. la consideración que esta regulación merece tanto sobre el plano de los principios, como sobre un plano práctico a A.LAMBOLEY, *La société civile professionnelle...*, Paris, 1974, p.88; J.SAVATIER, "Sociétés civiles professionnelles", *Repertoire des sociétés*, T.IV, Dalloz, 1.993, pp.1 ss. 5. Sin embargo en el caso de las *sociétés d'exercice libéral* el legislador francés permite la participación de personas jurídicas, si bien la misma no puede nunca superar el 49% del capital social y los derechos de voto (art.5.1). Disposición ésta a la que no encontramos ningún tipo de justificación. En Alemania, la *Partnerschaftsgesetz* (en su artículo primero § 1.1), establece expresamente que los "*angehörige einer Partnerschaft können nur natürliche Personen sein*". V. un comentario al mismo en SEIBERT, *Die Partnerschaft*, p.55; M.HENSSLER, *PartGG*, p.40. Por su parte, K.SCHMIDT, en su comentario al proyecto de ley, que en este punto se mantiene intacto, criticaba el hecho de que la cuestión de participación de personas jurídicas dentro de la *Partnerschaft*, fuese asumida por el legislador nacional, debiendo a su juicio ser

2. El argumento principal contra la participación de personas jurídicas, es el mismo sobre el que se ha pretendido fundamentar la supuesta incompatibilidad de la actividad profesional con el ejercicio en sociedad: la inidoneidad de una persona jurídica para ser parte de una relación que, como la profesional, se establece *intuitu personae*<sup>214</sup>. De la superación de este argumento nos hemos ocupado en páginas anteriores: no hay razón alguna que impida, establecer una relación de confianza con una persona jurídica, "pues estas al fin y al cabo no son máquinas, sino grupos de hombres regidos por normas"<sup>215</sup>, por lo que bajo esta perspectiva tampoco la aptitud de una persona jurídica para ser parte de un contrato de sociedad profesional debe ofrecer discusión alguna.

---

competencia exclusiva de los correspondientes ordenamientos profesionales: K.SCHMIDT, "Partnerschaftsgesetzgebung zwischen Berufsrecht, Schuldrecht und Gesellschaftsrecht", en ZIP, 1993, pp. 633 ss, 639. Otras consideraciones críticas en MICHALSKI, "Zum Regierungsentwurf eines Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes", en ZIP 1993, pp. 1210 ss, 1211. En la misma línea que estos derechos comparados, nuestro legislador, en el caso de las sociedades de auditoría, exige expresamente el que todos los socios sean personas físicas (art. 10 LAC). Exigencia que igualmente se repite en el marco corporativo. Así el Estatuto General de la abogacía establece que todos los miembros de un despacho colectivo deben ser abogados (art.34). Cuestión ésta sobre la que insiste el actual Anteproyecto, añadiendo además que los miembros deberán ser necesariamente abogados en ejercicio. Por su parte, la *Normativa para la inscripción de sociedades de arquitectos en el COAM*, establece en su artículo 2º que "En ningún caso se admitirá la participación de personas jurídicas, ni de personas físicas que lo hagan en representación de aquellas o de cualquier tipo de entidades". Distinta es la solución en el derecho americano, donde las partnerships pueden estar constituidas por "two or more persons" y bajo el término "persons" se incluyen tal y como preve el § 2 de la Uniform Partnership Act, "partnerships, corporations and other associations as well as individuals". Vid. al respecto A.R.BROMBERG/L.E.RIBSTEIN, *Partnership*, Boston-Toronto, SF,2.04 a) y e).

<sup>214</sup>En este sentido LAMBOLEY, *La société civiles professionnelle*, pp.87-90, la cual afirma que la argumentación opuesta a la admisibilidad de personas jurídicas en sociedades civiles profesionales "correspond parfaitement au caractère professionnel particulier de ce type de société et à l'esprit personnaliste qui l'anime". En términos parecidos SAVATIER, quien añade además que, *en autorisant les personnes morales à faire partie des sociétés civiles professionnelles, on aurait permis la constitution de "holdings", ce qui paraît contraire au caractère libéral des activités exercées*: J.SAVATIER, "Sociétés civiles professionnelles", *Repertoire des sociétés*, T.IV, Dalloz, 1993, pp.1 ss, 5; TERRE, "Les sociétés civiles professionnelles", *J.C.P.*, 1967.I, 2103, nº.12; BEHIN, "Les sociétés civiles professionnelles notariales", *Théorie et Pratique des sociétés civiles*, 1970, p.543. En el mismo sentido la justificación contra la participación de personas jurídicas se hizo descansar en el proyecto de ley sobre la Partnerschaft "auf ein persönliches Vertrauensverhältnis zum Auftraggeber ausgerichteten freiberuflichen Berufsausübung" (BT-Drucks. 12/6152,S.9).

<sup>215</sup>PAZ-ARES, Comentario, p. 1320; A.HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: systematisch dargestellt*, 3ª ed., Berlin, 1964, pp. 16-17.

Es más lo que a nuestro juicio, carece de toda lógica, siguiendo la argumentación aducida, es admitir la interposición de un ente societario en un caso (la admisibilidad de la sociedad profesional como tal), y no en otro (el supuesto de una sociedad-socia). En efecto, si en el ámbito profesional se entiende que no cabe admitir la modificación del régimen de producción de actos y de imputación de efectos que genera la personificación, habría que rechazar ésta en todo caso, esto es, también para el caso de la legitimidad de la sociedad profesional como tal. Lo que no parece que tenga sentido es aceptar este supuesto, por entender que aquí no se atenta contra el *intuitus personae* que preside este tipo de relaciones, y sin embargo rechazar el otro por entender que la personificación si es contraria al mismo. La superación de la supuesta incompatibilidad del carácter personal de los servicios profesionales con el ejercicio en sociedad (*supra* § 6,I ), sirve también, a los efectos que ahora interesan, para admitir sin problemas la participación de una persona jurídica como parte de un contrato de sociedad profesional<sup>216</sup>.

Al argumento del *intuitus* en las relaciones profesionales, podrían añadirse los argumentos que además se han venido oponiendo tradicionalmente por la doctrina contra la participación de una persona jurídica en el contrato de una sociedad de personas, en las que como sabido, su disciplina positiva -sin pronunciarse en contra de la participación de personas jurídicas- está dictada sobre el presupuesto de que los miembros de estas sociedades sean personas físicas<sup>217</sup>.

En concreto, en relación a la *posibilidad de que una sociedad de capital sea miembro de la misma* el argumento generalmente

---

<sup>216</sup>Probablemente consciente de ello el legislador francés de la *société civile professionnelle*, que admite sólo la participación de personas físicas en la ley del 66, ha creado un nuevo artículo (2.1) (a raíz de la modificación de la primera, por la ley n.72-1.1151, de 23 de diciembre de 1972), con el que pretende paliar al menos en parte el problema, estableciendo que las sociedades civiles profesionales constituidas con arreglo a los artículos primero o segundo de la ley, pueden con el objeto de fusionarse, constituir una nueva sociedad civil profesional, sin la obligación de disolverse previamente. Sobre esta nueva disposición vid. TERRE, "Le revision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles (commentaire de la loi n.72-1151 du 23 décembre 1972)", J.C.P., 1.973, ed.G.I., 2554); más especialmente y a propósito de la adaptación de esta disposición al notariado vid. J.AUSSEDAT, "Les corps notarial et les sociétés civiles professionnelles: réflexions sur les fusions", *Rev.Soc.*, 1.976, p.283.

<sup>217</sup>Distinta es como sabemos la situación en el marco de las sociedades de capital, donde nuestro legislador preve expresamente la posibilidad de que los otorgantes sean personas jurídicas (arts. 8 LSA).

aducido, es que la admisión de sociedades de responsabilidad limitada en calidad de socias, abriría un portillo a la defraudación de la ilimitación de responsabilidad propia de las sociedades personalistas<sup>218</sup>. A nuestro juicio este argumento tampoco puede aceptarse<sup>219</sup>. En efecto, este planteamiento resulta incorrecto desde un punto de vista teórico, ya que la condición de socio es asumida por las sociedades "socias". En consecuencia la responsabilidad ilimitada se respeta, ya que las sociedades de capital, tienen como cualquier socio, responsabilidad ilimitada, respondiendo con todo su patrimonio<sup>220</sup>.

La *participación de una sociedad personalista, como parte de un contrato de sociedad de personas* ha sido también objeto de críticas argumentándose al efecto que resultarían confusas las situaciones de doble responsabilidad y representación, perturbando la claridad de las relaciones<sup>221</sup>. A nuestro juicio esta opinión tampoco puede mantenerse. Las posibles confusiones ante las eventuales dobles situaciones de administración o representación, resultan fácilmente

---

<sup>218</sup>Sobre este punto puede consultarse una amplia jurisprudencia italiana, la cual -frente a la opinión contraria de la generalidad de la doctrina-, entiende que la participación de una sociedad de capital en una sociedad de personas es incompatible con el principio de la responsabilidad ilimitada de los socios. Vid. un amplio corpus jurisprudencial citado y comentado por GALGANO, *Le società di persone*, 1.972, pp. 368-369.

<sup>219</sup>En primer término y aunque ello no sea una constatación directa a la objeción planteada, ha de afirmarse, tal y como lo hace DENOZZA que "*non esiste un principio generale che si opponga alla limitazione della responsabilità nelle società di persone, ove anche in tali società venga garantita, come nelle società di capitali, la formazione e la conservazione di un patrimonio adeguato alle necessità dell'impresa che dovrà essere esercitata*": DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1.973, pp. 255-256 y nota 70. De la constatación a la objeción planteada en relación con la participación de sociedades de capital se da cuenta a continuación en el texto.

<sup>220</sup>Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, pp 404-405; PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.665, VIII,4, p.1.320; CAPILLA, *Com. Edersa*, XXI-1, p.125; GALGANO, *Le Società*, 2ªed., pp. 445 ss; FERRI, *Le Società*, 1.989, p. 132; HUECK, *Das Recht der oHG*, pp. 14 ss, 16; G. OPPO, "Sulla partecipazione di società a società personali", en *Riv.dir.civ.*, 1.976, I, p.4. Confirmada la admisibilidad, otra cosa es que la participación de una sociedad de capital en una sociedad personalistas pueda en concreto revelarse como un instrumento de *elusión indirecta* del principio de responsabilidad ilimitada: así por ejemplo cuando varias personas decidan ejercitar una actividad económica a través de la forma más ágil de una sociedad de personas, deseando al mismo tiempo asegurarse el beneficio de la responsabilidad limitada, pudiendo conseguir las ventajas de ambos tipos sociales constituyendo primeramente una o varias sociedades de capital con un capital irrisorio y después constituyendo entre ellas una sociedad de personas. Estos casos obviamente que presupongan un fraude de ley deben considerarse efectivamente como ilegítimos y por ende sancionables. Pero no por ello puede afirmarse en línea de principio la inadmisibilidad de la participación de sociedades de capital en sociedades de personas, aduciendo la vulneración del principio de irresponsabilidad ilimitada. Sobre la cuestión vid. GALGANO, *Le Società*, 2ªed., pp. 445 ss.

<sup>221</sup>En este sentido vid. por todos GHIDINI, *Società personali*, pp. 92 ss: Ora, se una società personale potesse partecipare come socio a un'altra società (personale), che, per intenderci, chiameremo società madre, sia concorrendo alla sua formazione sia aderendo successivamente, resterebbe sconvolta la normativa propria della società madre.

salvables mediante la adecuada inscripción de quienes son los socios de la sociedad-socia<sup>222</sup>.

3. Sentado lo anterior, parece razonable suponer que, en el campo de las sociedades que nos ocupan, constituidas en atención a la personas de sus socios (*intuitu personae*), la participación como socio de una persona jurídica, se realiza en función de la *composición subjetiva* de la misma en el momento de ingresar en la sociedad, esto es, su entrada en la sociedad se permite en atención a las personas de los socios que componen la base física de esa persona jurídica<sup>223</sup>. De ahí que aquellos casos donde se produzca una modificación sustancial de dicha composición subjetiva, que provoque una alteración de las bases personales sobre las que se constituyó la sociedad<sup>224</sup>,

---

<sup>222</sup>En el caso de que ambas sociedades fuesen colectivas, o en el caso de que lo fuera la sociedad madre, la mención de quienes son socios de la sociedad participante deberá constar en la inscripción registral de la colectiva (sociedad madre). Más problemática sin embargo se plantea la situación en el caso de sociedades civiles, donde no deja de existir una contradicción entre la publicidad registral y la falta de publicidad de este carácter de las mismas. (Vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.405). En nuestro caso la inscripción de las sociedades profesionales -la cual no hace distingos en función dle tipo legal adoptado- salvaría esta cuestión.

<sup>223</sup>No es ésta sin embargo la consideración que merece la generalidad de supuestos donde se admite la participación de personas jurídicas-socias. En efecto, "en línea de principio, y dado que es la persona jurídica como tal la que entre en el círculo de socios, cabe afirmar, como presunción razonable, que cuando se acepta como socio a una persona jurídica, con eso mismo debe entenderse que los mismos atienden a las características objetivas de aquella. Eso supone, inmediatamente, que aquéllos vienen a aceptar los riesgos derivados de la posibilidad del cambio de la base subjetiva de la sociedad socia (...). Es decir, que salvo que otra cosa se diga o se desprenda de los estatutos la entre de una persona jurídica en una sociedad cerrada se hace en atención a su contemplación objetiva. Si se aceptó a la persona jurídica como socio es porque sólo ella y sus caracteres -capital, objeto y nacionalidad, etc- se consideraron relevantes para los intereses protegidos por la restricción, y no las concretas personas de sus socios". A pesar de la genérica vigencia del principio de contemplación objetiva de la sociedad partícipe, es posible que se realice una contemplación subjetiva de la misma. Esto sucederá obviamente cuando así se haya previsto expresamente, esto es, cuando en los estatutos se desee hacer constar una contemplación expresa de la composición subjetiva de la misma como circunstancia determinante tanto de su admisión como de su permanencia en la sociedad. Pero aún en defecto de previsión expresa, cabe presumir esa consideración, cuando por las circunstancias concurrentes, la voluntad de los socios sea interpretadas en ese sentido. Como se ha indicado en el texto, parece razonable entender que en el campo de las sociedades que nos ocupan, esta contemplación subjetiva es la regla general, dada su constitución *intuitu personae*. Sobre la contemplación objetiva o subjetiva de la sociedad que entra a formar parte de un círculo de socios, v. por todos, A.PÉRDICES, *Claúsulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1.997, pp. 366-368.

<sup>224</sup>Imagínese el caso de que tres profesionales constituyen una sociedad, pero uno de ellos lo hace en representación de una sociedad de la que es su único socio, y posteriormente esa sociedad se transforma en una sociedad pluripersonal, o cambia la persona del único socio.

pueda presumirse razonablemente que dicha alteración constituye un justo motivo de exclusión<sup>225</sup>.

4. Por último, ha de advertirse que, en la práctica la admisión de personas jurídicas-socias se convierte en algo excepcional, generalizándose por el contrario, tal y como hemos visto, los supuestos de sociedades profesionales integradas únicamente por personas físicas<sup>226</sup>.

5. A la vista de las consideraciones precedentes puede concluirse este párrafo afirmando que la aptitud profesional de todos los socios para el ejercicio de una misma actividad profesional, no constituye *conditio sine qua non* para la legitimidad de las sociedades profesionales, no existiendo en efecto, objeciones de peso ni para admitir la existencia de sociedades multidisciplinarias, ni para legitimidad de sociedades mixtas, así como para la admisión de personas jurídicas-socias. De ahí que bajo la perspectiva de la

---

<sup>225</sup>O justo motivo de denuncia según lo previsto en el 1707 Cc, para los casos en los que la sociedad profesional se hubiese acogido a esta forma societaria. Así, PAZ-ARES, *Comentario*, Madrid, 1991, art.1.665, VII.4, p.1320.

<sup>226</sup>Un caso especial lo constituyen las llamadas "*Partnerships of Professional Corporation*", las cuales se han venido incrementando en los últimos años en la práctica norteamericana. Bajo este esquema, cada uno de los miembros profesionales de la partnership formará una única *personal service corporation*, y todas ellas, en conjunto, formarán una *partnership* colectiva para la realización de servicios profesionales. Una *partnership* formada por *corporate partners* es, desde el punto de vista legal, similar a una *partnership* de individuos. Por ejemplo si un grupo de médicos decide formar una *partnership of professional corporations*, cada médico se podrá incorporar bajo la aplicación de la ley de las *professional corporation*, y las reglas y regulaciones para su licencia. Se convertirá entonces en un *partner* general de la *partnership*. Será a la vez el único empleado de su corporación, así como el director, el único accionista, y su propio jefe. Todo miembro que no quiera formar una corporación, no tendrá que hacerlo. La *partnership* será el "empleador" de la plantilla de empleados; pagará por los servicios realizados, pagará las cuentas del grupo, y distribuirá la renta entre los *partners* de acuerdo con el pacto establecido. Son razones fundamentalmente fiscales el motivo que ha llevado a los profesionales a a acogerse a este tipo de estructuras. Sobre las mismas vid. E.J.HARDIN/J.C.MILLER, "A Partnership of Professional Corporations. How And Why Lawyers Should Consider One", en *Georgia State Bar Journal*, 1.981, vol.18, pp. 108 ss; W.G.HULL, "I.R.C. Section 162 (a) (1) and the Professional Corporation: Compensation Versus Dividends", *Arizona Law Review*, 1.983, vol.25, pp. 411 ss, 422-426; F.J.BOWMAN, "The Professional Corporations -Has the Death Knell Been Sounded", *Perpedine Law Review*, 1.983, vol.3, pp. 515 ss, 519.



composición subjetiva que hemos examinado bien pueda afirmarse que el concepto de sociedad profesional no presenta una realidad única sino que se manifiesta una tipología que varía en función de los sujetos que la conforman.

### **§ 8. Problema de fin lucrativo de las sociedades profesionales.**

Admitida la viabilidad de las sociedades multidisciplinarias y mixtas, el último aspecto que también pudiera resultar problemático en orden a la legitimidad de las sociedades profesionales es su finalidad lucrativa, configurada como vimos, como uno de sus rasgos identificativos (v. *supra* § 4).

La raíz del problema descansa en la consideración del ánimo de lucro como opuesto al espíritu desinteresado que tradicionalmente se ha atribuido al ejercicio de la profesión liberal. De hecho, el elemento lucrativo ha venido siendo considerado como uno de los principales factores que han distinguido a profesionales de comerciantes. En este sentido se recuerda por muchos autores, el distinta consideración social que se atribuye a profesionales y comerciantes<sup>227</sup>. Mientras éste busca como fin principal de su actividad la obtención de ganancias, al profesional le mueven ideales tales como prestar servicio a la comunidad, quedando en un segundo plano la persecución del beneficio<sup>228</sup>.

---

<sup>227</sup> Así, GARRIGUES afirmaba que lo decisivo para excluir a los profesionales del concepto de comerciante "es la opinión social que por motivos históricos separa el arte y la ciencia de las industrias mercantiles para no rebajarlas al nivel de las actividades puramente lucrativas": GARRIGUES, Curso de Derecho Mercantil, I, Madrid, 1.982, p.299.

<sup>228</sup> V. en este sentido R. KRASSER, "Zur Verfassungsrechtlichen Beurteilung standes- und wettbewerbsrechtlicher Schranken der Werbung für Sanatorien", GRUR, 1.980, p.192; H.D.JARASS, "Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit", NJW, 1.982, p.1.837 con más indicaciones;

La fuerza de este argumento es muy escasa. Actualmente no ofrece duda alguna, la consideración del ánimo de lucro como un elemento característico de la profesión liberal. El llamado *desinterés de las profesiones liberales* debe entenderse como anteposición de los intereses del cliente a los propios del profesional, pero en absoluto este espíritu debe considerarse como sinónimo de gratuidad: la actividad del profesional es lucrativa<sup>229</sup>. La existencia de tarifas profesionales por los Colegios Profesionales, de normas para la determinación y el cobro de las mismas, y la existencia de normas deontológicas sobre la misma cuestión, confirman la existencia del ánimo de lucro en los servicios profesionales. El ánimo de lucro, constituye sin duda, un carácter, por lo menos normal, sino esencial, de las profesiones liberales<sup>230</sup>.

---

asimismo vid. las múltiples referencias doctrinales que en este sentido se manifiestan en la doctrina italiana recogidas por C.IBBA, "Professione intelletuali e impresa", en *Riv.dir.civ.*, 1.982,II, pp.363 ss.

<sup>229</sup> Así, J.SAVATIER, *Etude juridique de la profession liberale*, pp.37-38.

<sup>230</sup> Esta afirmación justificada plenamente para los profesionales que practican el ejercicio libre de su profesión, se puede utilizar aún con más fuerza para todas aquellos profesionales que ejercen su actividad a cambio de un sueldo o salario. Por su parte el art. 4.1 de la ley 30/1.985 reguladora del IVA, vincula la actividad profesional al carácter lucrativo u oneroso de la misma. Define la misma como aquella que debe desenvolverse "con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios", y en coherencia con esta declaración, el último párrafo del apartado 2 del mismo artículo 4º, señala que "no tendrán la consideración de empresarios o profesionales (a los que la ley equipara a estos efectos) las personas o entidades que realicen exclusivamente entregas de bienes o prestaciones de servicios a título gratuito". De este modo parece claro que la condición de profesional a efectos del IVA se adquiere sólo cuando quien ejerza la actividad pretenda hacerlo con el ofrecimiento de sus servicios al mercado y en espera de la consiguiente obtención de beneficios. La consideración del ánimo de lucro como una carácter propio de las profesiones liberales es confirmado por H.KAIRAT, "Professions" oder "Freie Berufe"?, *Professionales Handeln im sozialen Kontext*, Berlin, 1.969, p.18; H.J.RABE, "Auf dem Wege zum neuen anwaltlichen Berufsrecht", en *Neue JW*, 1.989, pp. 1113-1119; TAUPITZ, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Berlin/New York, 1.991, pp.59 ss, y allí múltiples referencias; U.IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER, *GWB*, München, 1.981,§ 1 Rdn.86; M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, pp.24 ss; E.FREIDSON, "Theory and the professions", *Indiana Law Journal*, 1.989, vol.64,p.428 ss; en la doctrina italiana vid.por todos, C.IBBA, "Professione intelletuali e impresa", en *Riv.dir.civ.*, 1.982,II, pp.353 ss, y la numerosa bibliografía allí citada; en la doctrina francesa vid. J.SAVATIER, *Etude juridique de la profession liberale*,p.37; del mismo autor, "Qu'est-ce qu'une profession libérale?", en *Rev.projet*, 1.966,p. 453 y ss; F.BONET RAMON, en "La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el caracter del contrato de servicios de los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, 1.935, p.391. En nuestra jurisprudencia merecen destacarse al respecto la STS (Social), de 21 de mayo de 1990 (R.A. 4993), la cual refiriéndose a la consulta de un médico afirma que en ella "se obtenían y obtienen los lógicos y oportunos beneficios económicos o ganancias derivados de la actividad médica que en ella se desarrolla, y (...) es indudable que la obtención de tales ingresos es uno de los fines esenciales de aquella consulta".

Todo ello sin perjuicio de que actividades individuales, puedan, realizarse sin cobro.

Así las cosas la objeción apuntada no puede sostenerse. La finalidad lucrativa que se pretende obtener con la sociedad profesional tiene el mismo carácter que la que mueve a los profesionales en su ejercicio individual. Nada impide pues, que si el profesional gana legítimamente dinero con su profesión lo pueda hacer también legítimamente a través de una sociedad<sup>231</sup>.

## **§ 9. Reconocimiento positivo de la viabilidad jurídica de las sociedades profesionales.**

Creemos haber demostrado suficientemente la *perfecta coherencia de la sociedad profesional con los principios generales de Derecho societario y derecho profesional*. Aunque pese a todo estas sociedades no gocen todavía de un reconocimiento con carácter general en nuestro Derecho, su legitimidad se deduce positivamente en primer lugar por el artículo 1.678 CC, que contempla como prototipo de la sociedad civil la que tenga por objeto "el ejercicio de una profesión o arte", y además, por las decisiones legislativas adoptadas por el legislador en la época más reciente. Así además del artículo 10 de la Ley de Auditoría de cuentas, cabe citar, el D.1005/74, de 4 de abril (sociedades consultoras y de ingeniería industrial); el art. 12.2 Ley 18/1991 de 6 de junio sobre el IRPF; y en relación a supuestos similares, el R.D. 1455/88, de 28 de mayo (sociedades de agentes mediadores colegiados), etc. De todas

---

<sup>231</sup> Así en relación con las sociedades profesionales, v. CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", *Ejercicio en grupo*, pp. 240-243; R.GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 131-132. No compartimos sin embargo la consideración de la que parten estos autores: la consideración del ánimo de lucro como un elemento esencial del concepto de sociedad. Vid. a este respecto lo que ya se dijo en *supra*, § 3, a propósito de las sociedades de medios y allí referencias.

ellas debe inferirse en efecto, con escaso margen para la vacilación, la plena legitimidad de la sociedad profesional *stricto sensu*. Este es también, por lo demás, el punto de vista más generalizado en el derecho comparado, según tendremos ocasión de comprobar en las páginas que siguen.

•

## CAPITULO TERCERO.

### SOCIEDAD PROFESIONAL Y TIPOS LEGALES.

#### § 10. Planteamiento.

I. En el capítulo anterior hemos tratado de demostrar que el Derecho de sociedades en general no plantea objeciones serias al ejercicio societario de la actividad profesional. Se trata ahora de avanzar en el análisis y examinar si la regulación legal particular de cada uno de los tipos sociales plantea dificultades insalvables para acoger a la sociedad profesional. No se trata aquí de que deba reservarse una forma societaria particular para el ejercicio en común de la profesión liberal. No nos parecen acertadas las tendencias legislativas y doctrinales que apuntan en tal dirección<sup>232</sup>. A nuestro juicio, existe una aproximación al problema más prometedora: la que trata de poner a disposición de los profesionales todos los tipos societarios para el ejercicio en común de su actividad. Esta solución presenta dos ventajas indudables. La primera es la de su *economía*. Si los profesionales pueden acudir a cualquiera de los tipos societarios regulados legalmente, no será necesario que el legislador provea de una ley especial<sup>233</sup>. La segunda ventaja consiste en que esta solución pone a disposición de los profesionales distintas fórmulas organizativas para el ejercicio de su actividad lo que, dada la heterogeneidad de los servicios profesionales actuales parece más que conveniente.

---

<sup>232</sup> A favor de la sociedad civil como único marco societario para el ejercicio en común de la profesión, vid. abundantes referencias doctrinales en *infra* § 12. Legislativamente ha sido Alemania con la regulación de la *Partnerschaft*, quien ha institucionalizado una forma *ad hoc* para el ejercicio de la profesión.

<sup>233</sup> En este sentido resulta plausible la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, aprobada por la Comisión General de Codificación, que ha puesto a disposición de los profesionales la totalidad de los tipos que conoce nuestro ordenamiento, previendo no obstante las especialidades necesarias para que “la

2. Podemos adelantar, no obstante, que, a nuestro juicio, no hay objeciones insalvables en la regulación legal de ninguno de los tipos legales generales que impidan admitir su utilización por la sociedad profesional, sobre todo si adoptamos, con las tendencias mejor elaboradas en este ámbito, una *comprensión contractual del derecho de sociedades* (v. *infra* §11)<sup>234</sup>. Es evidente, no obstante, que las estructuras más idóneas para el ejercicio en común de una actividad profesional se encuentran, *prima facie* en las *sociedades de personas* (v. *infra* §12) precisamente porque, en su diseño legal están concebidas primordialmente como sociedades de trabajo lo que, caracteriza típicamente a la sociedad profesional. Ello no quiere decir sin embargo, que las *formas de capital* sean formas organizativas incompatibles con los servicios profesionales. Presentan ciertamente mayores problemas de compatibilización, pero podremos demostrar que ninguno de los argumentos aducidos contra su admisibilidad es definitivo (v. *infra* § 13).

## **§ 11. El Derecho de sociedades como Derecho contractual.**

1. Como es sabido, las reglas que regulan las relaciones entre particulares se hallan presididas por el principio de autonomía de la voluntad de las partes (art.1.255 CC), lo que se traduce en el *carácter esencialmente dispositivo del derecho contractual*. El mismo proporciona a las partes una

---

*práctica general de las sociedades no quede hrtada a las exigencias que se desprenden de las normas y principios deontológicos propios de cada profesión”.*

<sup>234</sup>En general sobre las razones de fondo que aconsejan la comprensión del fenómeno societario sobre la base de un paradigma contractual, frente al que se ha dado en llamar paradigma institucional v. las interesantes consideraciones realizadas por PAZ-ARES “)Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)”, en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Paz-Ares (coord.), Madrid, 1.997, pp. 159 ss.

regulación estándar que les evita la necesidad de regular en cada caso y al detalle sus relaciones, permitiéndoles de otro lado, establecer una regulación específica cuando sus deseos o necesidades difieren de las que el legislador ha considerado como las de contratantes típicos<sup>235</sup>. En este marco la regulación imperativa únicamente se justifica, bien por la necesidad de proteger a los terceros extraños a la relación que puedan verse afectados por ella, bien para amparar a alguno de los contratantes que, por cualquier razón, no se ve suficientemente protegido por su consentimiento contractual. Fuera de estos casos, como decimos, debe procamarse la libertad de regulación de las partes.

2. Parece una obviedad afirmar que estas mismas ideas sobre la libertad contractual son aplicables al Derecho de sociedades, toda vez que -no debiera ser necesario recordarlo- la sociedad es un contrato<sup>236</sup>. En realidad, si estamos ante un problema es porque las peculiaridades que este contrato presenta frente al modelo contractual diseñado por el legislador -basado fundamentalmente sobre los contratos de cambio- hacen necesario *precisar si el principio de la autonomía de la voluntad debe encontrar aplicación especializada en el Derecho de sociedades*.

a) Debe recordarse, en primer lugar, que la caracterización de la sociedad como contrato no supone una aplicación automática e

---

<sup>235</sup>En este sentido se afirma que la función del derecho contractual no es directiva, sino facilitadora. Para el desarrollo de esta consideración vid. en nuestra doctrina J.ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid. 1.991, pp.88 ss, pp. 361 ss, y allí referencias.

<sup>236</sup>Esta concepción arranca del sistema americano. Para un panorama general de la misma v., por todos F.H.EASTERBROOK/D.R.FISCHEL, "The Corporate Contract", en *Colum.L.Rev.*, 1989, vol.89, pp.1416, y sobre todo su libro *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge/London, 1.991, del que el artículo mencionado es su primer capítulo. Entre nosotros B.ARRUÑADA, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid. 1.990; PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *RdS*, n1 extr. 1994, pp. 253 ss; J.MASSAGUER, "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", *RGD*, 1.994, pp. 12959 ss, p.12978; ALFARO *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid. 1.995, pp. 21-38; sobre esta concepción aplicada al régimen de transmisibilidad de acciones y participaciones v. A.PERDICES, *Claúsulas restrictivas*, 1.997, pp. 25-32.

indiscriminada de la disciplina del Derecho de obligaciones. En concreto, existe acuerdo respecto de que, a diferencia de lo que sucede con los contratos de cambio, los contratantes-socios disfrutan de un derecho "limitado" a la libre configuración de sus relaciones. La limitación fundamental viene dada por el carácter de *numerus clausus* de tipos sociales que impide a los socios "inventar" nuevas y distintas formas societarias (*Gesellschaftsformen*)<sup>237</sup>, al margen de las mencionadas por el legislador<sup>238</sup>.

La justificación para una limitación tan importante de la autonomía privada se encuentra en que el contrato de sociedad es esencialmente un negocio destinado a tener eficacia no sólo entre las partes contratantes, sino frente a terceros. Por esta razón, sólo pueden adoptarse las formas de sociedad expresamente previstas por la ley, ya que en ello radica justamente la técnica legal de protección de los intereses de aquellos: mediante la simple mención del tipo social al que los socios se han acogido, los terceros pueden identificar rápidamente los rasgos fundamentales de su régimen jurídico (responsabilidad fundamentalmente). Se reducen así, drásticamente, los costes de información de los terceros que se relacionan con grupos organizados de personas<sup>239</sup>.

b) Pero la limitación de la libertad contractual acaba aquí. Los socios *deben* elegir una de las formas sociales previstas por legislador, pero nada les obliga a *adoptar el modelo de organización* (*Gesellschaftstypen*) allí establecido, pudiendo rediseñar el mismo de forma más o menos discrepante

---

<sup>237</sup> Asimismo vid. esta consideración en el derecho alemán, en W.OTT, *Die problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht*, Bern, 1.972, p.87.

<sup>238</sup> Dicho esto, debe afirmarse que el legislador está procediendo a una creación progresiva de nuevos tipos sociales, con los cuales se intenta responder a las nuevas necesidades del tráfico en materia organizativa. Así nos encontramos con las sociedades anónimas laborales, las sociedades anónimas deportivas, las AIE, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades de inversión mobiliaria, en Estados Unidos las *Limited Liability Company*, etc.

<sup>239</sup> V., J.MO MIQUEL, Voz "Derecho real", en *Enciclopedia Juridica Basica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp.2366-2369, sobre las razones semejantes que justifican el *numerus clausus* de derechos reales.



para adaptarlo a sus necesidades específicas. Es precisamente en este ámbito donde el juego de la autonomía contractual tiene su reflejo en el derecho de sociedades: *los socios pueden configurar sus relaciones internas de acuerdo con el modelo organizativo de sociedad más acorde con sus intereses* sin más límites que los genéricos de la autonomía privada (la prohibición de contratos colusorios y la necesidad de consentimiento, v., *infra* n.5). Por tanto, las normas que regulan las relaciones internas en el contrato de sociedad deben considerarse como dispositivas al mismo tiempo que debe afirmarse la existencia de un *numerus apertus de modelos de organización* de la actividad societaria<sup>240</sup>.

3. En este sentido puede decirse que el diseño legal en materia organizativa consiste en fin, en la previsión legal de las normas que presumiblemente habrían adoptado los sôcios, en atención al régimen típico de organización conectado a cada una las formas sociales; presunción razonable de voluntad que, en cuanto tal, puede modificarse por las partes en caso de querer conformar una estructura social diversa<sup>241</sup>. Desde esta comprensión contractual que permite que el derecho de sociedades se adapte a

---

<sup>240</sup>En este sentido vid. G.DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1.974; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1.974; id. "La tipología delle società tra volontà e nomenclatura", in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1.991, pp. 911 ss; id. "Dalla nozione al tipo della società per azioni", *Riv.dir.civ.*, 1.985, 1, pp. 95 ss; G.OPPO, "L'identificazione del tipo "società di persone"", *Riv.dir.civ.*, 1.988, pp. 619 ss; C.MONTAGNANI, "La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda giudiziaria", *Riv.dir.civ.*, 1.988, pp. 1 ss; id. "Falsa interpretazione dell'art.1322 cod.civ. e tipologia societaria: il P.M. è contrario", *Riv.dir.comm.*, 1.981,II, pp.27 ss. En la doctrina alemana vid. W.OTT, *Die problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht*, Bern, 1.972, p.87; H.P.WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlin/Heidelberg/New York, 1.970, pp.12-13, y 116 ss; U.IMMENG, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, v.d.H. 1.970, p.109, etc.

<sup>241</sup>Para un apunte sintético de la comprensión contractual del derecho de sociedades vid. las referencias realizadas en la nt. 244. Reflejo empírico de la autorregulación interna de los socios es el cada vez más frecuente número de sociedades en cuya configuración se integran elementos estructurales extraídos de las diferentes formas sociales. Tal y como ha sido puesto de relieve por la doctrina "... en el tráfico actual apenas si existen sociedades que en su morfología interna respondan al estatuto legal": FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, Zaragoza, 1.977. Vid. en esta obra una referencia especial a la evolución en las formas personalistas hacia esquemas organizativos de carácter corporativo, en pp. 151 ss.

las preferencias de las partes, consiguiendo así la constitución de organizaciones más eficientes, resulta fácil entender que la legislación societaria en materia de carácter organizativo debe interpretarse como un modelo de contrato que las partes pueden utilizar para su organización societaria<sup>242</sup>. En este sentido puede afirmarse "que la función primordial que está llamada a jugar el derecho de sociedades no es una función directiva sino facilitadora"<sup>243</sup>. A través de la regulación del abanico de las distintas formas societarias, el objetivo último del legislador no es, sino el de *reducir el número y coste de las negociaciones* que las partes habrían de llevar a cabo para organizar sus relaciones, anticipándose así a las preferencias de las partes<sup>244</sup>.

4. En la base de este modelo legislativo late la idea de la denominada *neutralidad del Derecho de Sociedades*<sup>245</sup>, es decir la idea de que la sociedad no es más que una fórmula jurídico-organizativa, un marco formal destinado a satisfacer los intereses comunes de los socios, pero que carece de una

---

<sup>242</sup>En este sentido y en relación a las sociedades anónimas EASTERBROOK/FISCHEL, "The Corporate contract", *Col.L.Rev.*, 1989, vol.89, p.1418: "The corporation is a set of explicit and implicit contracts and corporate law enables the participants to select the optimal arrangement for the many different sets of risks and opportunities that are available in a large economy. No one set of terms will be best for all; hence the "enabling" structure of corporate law"; EASTERBROOK/FISCHEL en "Voting in Corporate Law", *J.L. & Econ.*, 1.982, vol.26, p.401; J.N.GORDON, "The mandatory structure of corporation law", *Col.L.Rev.*, 1.989, vol.89, p.1551: "Corporate law should function as a short of standard form contract, an "oof the racket" set of terms that parties may use for their convenience but may also freely alter".

<sup>243</sup>PAZ-ARES, "Infracapitalización", *RdS*, 1994, n.2, p.254.

<sup>244</sup>Vid. una primera aproximación a la rebaja de los costes de agencia y su significación através de la regulación societaria en PAZ-ARES, "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *RdS*, n1 2, 1994, pp. 254. En el mismo sentido y haciendo una especial referencia a la reducción de los distintos costes transaccionales vid. L.E. RIBSTEIN, "Statutory forms for closely held firms: theories and evidence from LLC", *Wash.U.L.Quartely*, 1.995, vol.73, n.2, pp. 369-433, esp.pp.373-380.

<sup>245</sup>Sobre la neutralidad de las formas sociales vid. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit* 1970, p 94; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp. 14 ss; G.FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1.984, pp.39 ss.

finalidad o valor en sí misma,. En definitiva, un mero instrumento técnico para la realización de intereses económicos y sociales individuales en cuanto que son comunes a la pluralidad de socios. Bajo esta concepción, el Derecho de sociedades configura sus instituciones con las notas básicas de *fungibilidad y polivalencia funcional*<sup>246</sup>, lo que no significa otra cosa que afirmar que los particulares pueden elegir la forma social que mejor se ajuste a sus necesidades, toa vez que las figuras societarias son aplicables, en principio, a cualquier finalidad, pudiéndose modificar su estatuto legal típico para adecuarlo a las necesidades específicas de las partes. Dicho de otro modo, las estructuras organizativas no están necesariamente vinculadas a objetos específicos de actividad sino que son simples formas flexibles<sup>247</sup>. La conclusión es evidente. En principio no hay inconveniente alguno para utilizar cualquiera de las formas sociales para el ejercicio de la actividad profesional.

5. Lo expuesto nos permite identificar cuales son los *límites a la libertad contractual*, los cuales se encuentran en primer término en las normas identificadoras de cada tipo social<sup>248</sup>, así como en las normas dictadas para proteger a socios que no gozan de la suficiente protección (nos referimos en concreto a las normas referidas a las minorías en sociedades en las que rige el principio mayoritario en la adopción de acuerdos sociales), y, en general, las que tutelan los intereses de los terceros. Fuera de estos límites debe proclamarse la autonomía negocial de los socios en materia organizativa<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Así, FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p. 18.

<sup>247</sup> Así, FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p.19

<sup>248</sup> Vid. ampliamente la delimitación del área de la autonomía negocial en el derecho de sociedades en FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, Zaragoza, 1.977, pp.190-196.

<sup>249</sup> En este sentido vid. EASTERBROOK/FISCHEL, "The Corporate contract", *Col.L.Rev.*, 1989, vol.89, p.1421; G.D.HORNSTEIN, "Stockholders' Agreements in the Closely Held Corporation", *The Yale Law*

Dejamos de un lado aquellas teorías que consideran que las relaciones contractuales no pueden alterar tampoco la *esencia* del propio tipo legal e incluso la esencia del tipo básico o genérico al que pertenece la sociedad de capital o personalista, en la medida que el conjunto normativo referido a la misma es también expresión de cualidades conceptuales relevantes de la figura y reflejan así mismo la esencia inderogable de cada tipo social. Bajo esta construcción en el ejercicio de la libertad contractual habrían de observarse no sólo las normas de carácter imperativo y los formulados con carácter general en el ordenamiento, sino también los preceptos de carácter dispositivo siempre que el legislador haya utilizado los mismos para introducir criterios de ordenación general o formulaciones de principios de justicia material. En esta línea se afirma la no admisibilidad de desviaciones arbitrarias del derecho dispositivo<sup>250</sup>. Como certeramente se ha afirmado "la base de comprensión -y refutación- de las anteriores afirmaciones está en que las mismas son expresión de una corriente de *pensamiento institucionalista* de los tipos sociales, que, a partir del rechazo a la libre creación de formas sociales, ha ido más allá, propugnando un retroceso en el ámbito del juego de la autonomía de la voluntad dentro de los propios moldes legales. De ese modo, la progresiva institucionalización de las formas sociales ha venido inadvertidamente acabando con la libertad que concede la neutralidad de carácter de las mismas"<sup>251</sup>.

6. Así pues, a la hora de plantearnos la integración de los profesionales en los distintos tipos sociales habrá que analizar si las reglas contenidas en la normativa indisponible de cada uno de ellos pueden o no compatibilizarse con

---

*journal*, 1.950, vol.59, pp. 1040 ss, p.1056: "There is no reason why mature men should not be able to adapt the statutory form to the structure they want, so long as they do not endanger other stockholders, creditors or the public, or violate a clearly mandatory provision of the corporate law". En el mismo sentido en relación a la admisibilidad de conformaciones atípicas de la sociedad colectiva puede consultarse la Resolución de la DGRN de 29 de noviembre de 1.972 en la que puede leerse lo siguiente: "Salvo preceptos imperativos, la autonomía privada no tiene límites. La regulación legal que para las sociedades colectivas establece el Código de Comercio en materia de administración sólo tiene aplicación cuando el contrato social no hay dispuetso otra cosa, según se deduce de los arts. 121 y 129 de dicho cuerpo legal, por lo que *la autonomía privada no encuentra límites en esta materia en orden a la organización interna de este tipo de sociedad... y puede en consecuencia adoptar todas las posibles soluciones, incluso aquellas que aparezcan inspiradas en estructuras de tipo capitalistas, siempre con la debida adaptación para que no se desvirtúe la esencia personalistas de esta clase de sociedad*".

<sup>250</sup>Planteamiento sintetizado por FERNANDEZ DE LA GANDARA con apuntes críticos al mismo. V., FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p.201 ss, 209 ss, 235.

<sup>251</sup>A.PERDICES, *Claúsulas restrictivas*, pp.28-29. Para una aguda crítica a la "inadvertida pero progresiva institucionalización" del derecho de sociedades v. PAZ-ARES, "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades?, *Tratando*, pp. 168 ss.

el ejercicio de la actividad profesional<sup>252</sup>. Admitida en su caso la compatibilidad, las cuestiones problemáticas consistirán en realizar las modificaciones contractuales necesarias para una mejor adecuación del modelo legal a los intereses de la profesión.

## § 12. Sociedades de personas y actividad profesional.

1. A primera vista, como hemos adelantado, la estructura idónea para el ejercicio en común de una actividad profesional es la propia de las sociedades de personas. Y ello porque las notas que definen a las mismas resultan especialmente compatibles con los principios que informan el ejercicio de la profesión liberal.

a) Así, el carácter *intuitus personae* con el que legislativamente aparecen configuradas, se encuentra en sintonía con el carácter personal que define la prestación de servicios profesionales. En este sentido -se afirma-, la constitución en atención a la persona de los socios asegura una transparencia que garantiza en mayor medida el cumplimiento de la actividad por personas debidamente habilitadas, evitando con ello el riesgo de intrusismo profesional<sup>253</sup>.

b) Además, la configuración de las sociedades de personas como sociedades de trabajo permite articular de forma más simple y directa la

---

<sup>252</sup>En efecto, la posibilidad de condicionar que posee la actividad a desarrollar, no debe ser ilimitada. En este sentido ha de afirmarse que siempre que por la necesidad del ejercicio de la profesión se pueda llegar a desnaturalizar la forma elegida, propiamente no hay elección de tal forma. En este sentido PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.665, VI,4,p.1.316, si bien no refiriéndose concretamente a este problema, afirma en relación a la función de la sociedad civil dentro del derecho de sociedades, que el principio de *numerus clausus* o reserva legislativa para la invención de nuevas figuras, no significa sino el impedir a los particulares que puedan derogar las normas individualizadoras de los tipos, que básicamente son las de responsabilidad y garantías de terceros, preservando así la integridad del derecho imperativo que, de otro modo quedaría a disposición de los particulares.

<sup>253</sup>YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad del profesional liberal*, p.161.

principal aportación en estas sociedades: la prestación de la actividad profesional de sus socios. El mecanismo societario previsto a tal efecto, es, como es sabido, la aportación de industria, construida y diseñada exclusivamente en este tipo de sociedades<sup>254</sup>.

c) La especial adecuación de las sociedades de personas a la organización de la actividad profesional se manifiesta también en su organización interna o administración social y en el régimen de modificación subjetiva del mismo. Así, resulta evidente que la "autoorganización" característica del derecho supletorio de las sociedades de personas (v., art. 1.695 CC y art. 129 C de c) "facilita la inmediación y eficiencia en el control por parte de los profesionales", dificultando la "toma de control por parte de posibles terceros no profesionales", esto es, alejando a los profesionales de un sometimiento a poderes decisionales que les vengan impuestos heterónomamente<sup>255</sup>. Del mismo modo, el régimen legal de transmisión de la condición de socio garantiza que la estructura personal de la sociedad no se verá modificada sin el consentimiento de todos los profesionales, lo que resulta de extraordinaria relevancia si tenemos en cuenta que parece razonable suponer que los socios han constituido sociedad teniendo muy en consideración las características personales (y la especial capacidad) de cada uno de los consocios<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup>Sobre la aportación de industria en los distintos tipos sociales, v. en general, M. VERGEZ, *El socio industrial*, Madrid, 1.972, pp. 57 ss.

<sup>255</sup>Así CAPILLA, entiende que el sistema de gestión de las sociedades de personas se compagina adecuadamente con el principio de autonomía e independencia profesional. V. CAPILLA, "Sociedades de profesionales", *Ejercicio en grupo*, p.156.

<sup>256</sup> En este sentido, no se trata de que el régimen de las sociedades de personas dificulte la entrada de socios no profesionales (así, no obstante, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p 156) como de asegurar la voluntariedad de la relación entre todos los socios.

d) Pero es sin duda el régimen de responsabilidad de estas sociedades el argumento más utilizado en favor de las mismas para el ejercicio colectivo de la profesión. Dos son las ventajas que tradicionalmente se han venido ligando al mismo: en primer lugar, la mayor garantía que -frente a los clientes que contratan con la sociedad- implica la comunicación de patrimonios responsables -societario y personal de los socios-. En segundo término, el régimen de responsabilidad de estas sociedades permite conservar el principio de responsabilidad personal del profesional, configurado, como es sabido, como uno de los rasgos esenciales de su estatuto jurídico<sup>257</sup>.

En definitiva, las reglas expuestas reflejan lo que tradicionalmente se han venido considerando como expectativas normativas típicas de quienes forman una sociedad profesional, expectativas estrechamente vinculadas a la infungibilidad y al carácter activo de la posición de socio.

## I. SOCIEDAD CIVIL.

1. Dentro de las sociedades personalistas, el *tipo natural* de la sociedad profesional es, sin duda, la *sociedad civil*, y ello no tanto porque se encuentre mencionada a título de ejemplo en el artículo 1678 CC, cuanto por el hecho de que exista práctica unanimidad respecto a la consideración de que la actividad profesional no tiene encaje en la materia mercantil<sup>258</sup>. No es extraño,

---

<sup>257</sup> Sobre esta cuestión vid. ampliamente *infra* § 27 ss.

<sup>258</sup> Vid. PAZ-ARES. *Comentario*. II. pp. 1376 ss; en el sentido indicado en el texto, YZQUIERDO TOSALDA, afirma que la sociedad civil es la "*forma idónea para actividades que, siendo económicas, no tienen la consideración de comerciales*", como en nuestro caso sucede con la actividad profesional. V. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad del profesional liberal*, p. 159.

pues, que tanto la doctrina<sup>259</sup>, como la legislación comparadas ubiquen tradicionalmente en este tipo social el ejercicio societario de la profesión<sup>260</sup>.

2. Y es que, al margen de que, como sociedad de personas, el tipo de la sociedad civil proporcione una regulación supletoria adaptada a las expectativas normativas de los profesionales que pretenden ejercer en común su actividad, es sin duda la extraordinaria *flexibilidad* de su régimen jurídico, esto es, el amplio margen reservado en las mismas a la autonomía de la voluntad de las partes, lo que permite hacer atractivas a estas sociedades para el ejercicio de la profesión. Dicha flexibilidad puede aprovecharse en dos sentidos. Por un lado, permite a los particulares *adaptar* contractualmente el régimen legal a sus concretas necesidades y, por otro, les permite *completar* las importantes carencias que presenta el escaso desarrollo normativo de su régimen<sup>261</sup>, y los problemas no resueltos en relación al ejercicio

---

<sup>259</sup>Vid. referencias en nota 274.

<sup>260</sup> Así en Francia la primera vez que el legislador reconoció esta posibilidad, fue a través de la ley n166 /879 de 29 de Noviembre de 1966, de sociedades civiles profesionales. (Sobre los pormenores que precedieron a la misma v. G.LIET-VEAUX, "L'avant-projet de loi relatif aux sociétés civiles professionnelles", en *Revue administrative*, 1965,p.583). Se trata de una ley-marco, común a todos los profesionales liberales, cuya aplicación está sujeta a los Decretos del Consejo de Estado, para cada profesión. De esta manera, se ofrece la posibilidad, de acomodar las particularidades de cada profesión a la oferta prevista en la ley. Reposa sobre la idea central de que la sociedad, a diferencia de las antiguas asociaciones, posee personalidad jurídica (art. 1) y dispone, de hecho, de todas las prerrogativas de una persona física, en particular del ejercicio de una profesión. Bajo la apelación general de "*société civile professionnell*", la ley distingue dos tipos de sociedades, las monoprofesionales y las interprofesionales (a las que ya hemos tenido ocasión de referirnos en *supra* §7.I. Para un estudio pormenorizado de la misma, v. por todos, A.LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*. En Bélgica el problema de cómo articular el ejercicio profesional bajo forma societaria se solucionó a través de un proyecto de ley de 18 de enero de 1985 *sur les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et sur les sociétés civiles de moyens*. Sin embargo este proyecto de ley no ha logrado ser examinado por el senado belga debido a diversas vicisitudes por lo que queda pendiente de aprobación. Sobre el contenido del mismo vid. CH.LEJEUNE, "Project en cours d'elaboration: les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et sur les sociétés civiles de moyens", *L'exercice en société des professions libérales*, pp. 303 ss. En Alemania, hasta la entrada en vigor de la *Partnerschaftsgesetz*, el 1 de julio de 1995 (sobre la misma v. *infra* § 12,II, la única forma posible para encauzar el mismo de un modo colectivo ha sido la sociedad civil del BGB.

<sup>261</sup> Ha sido precisamente esta cuestión, la principal objeción aducida por algún sector doctrinal para la utilización de esta forma societaria para el ejercicio de actividades profesionales. Así, A.F.DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, pp. 174 ss. 178. Lo que olvida el autor es lo indicado en el texto: el



profesional<sup>262</sup>. En otros términos, los profesionales pueden construir dentro de la vieja sociedad civil las más variadas estructuras societarias desde las formas más simples, hasta complejas estructuras corporativas. Así por ejemplo, cabe la posibilidad de que la administración no tenga que ser llevada a cabo por socios, sino por terceros empleados como administradores funcionales al efecto<sup>263</sup>; puede preverse que, por disposición de las partes, no rija el principio de unanimidad, sino el principio mayoritario; puede establecerse un régimen de libre transmisibilidad de partes sociales entre un determinado círculo de personas; puede alterarse, dentro de ciertos límites, el régimen de responsabilidad limitando la misma al patrimonio social<sup>264</sup>, etc. En este sentido algún sector de la doctrina ha afirmado que un "desarrollo evolutivo" de la sociedad civil puede satisfacer plenamente las necesidades que, en el ámbito del ejercicio conjunto, sienten los profesionales de nuestros días<sup>265</sup>.

---

amplio margen de los socios para completar y adaptar el régimen a las concretas necesidades del ejercicio de la profesión.

<sup>262</sup>Problemas tales como, la *condición de socio* (qué personas pueden constituir una sociedad civil profesional, condición de socio y condición de profesional, profesionales en activo y no ejercientes, la trascendencia que tiene la pérdida sobrevenida de la condición de profesional, etc.), la *denominación social* (cuestión ésta que adquiere una especial relevancia en el marco profesional y que requiere de una solución contractual al no existir en el C.c. una disposición referente a la misma), las *aportaciones de los socios profesionales*, el *estatuto del socio profesional*, etc. Problemas algunos, analizados en páginas precedentes (v. *supra* §7). El resto serán abordados en la segunda parte de este, nuestro trabajo, dedicado al régimen jurídico de las sociedades profesionales.

<sup>263</sup>Sobre el organicismo de terceros dentro de las sociedades de personas, vid. un examen panorámico de la cuestión FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp. 353 ss.

<sup>264</sup>Vid. al respecto, PAZ-ARES, *Comentario*, art. 1.698, III, pp. 1.484-1485.

<sup>265</sup>Así, R.GERRHARDT/M.KRIELE, "Die rechtliche Form freiberflicher Zusammenarbeit", *ZRP*, 1.975, pp. 1 ss. 6. Este autor analiza lo que entonces era un proyecto de *Partnerschat* para el ejercicio de la profesión -hoy una realidad legislativa- pero rechaza la misma en favor de la solución indicada en el texto, por entender superfluo e innecesario crear una nueva forma social, semejante por los demás a la OhG, salvo en la posibilidad de que puedan acogerse a ella profesionales.

3. A menudo, sin embargo, la afirmación de la sociedad civil como el tipo natural e idóneo de la sociedad profesional se transforma en una constatación mucho más rígida. Tal es el caso en efecto, de determinados sectores doctrinales y profesionales que pretenden convertirla en el *tipo necesario* de la sociedad profesional.

En este sentido no es infrecuente que se afirme que *"no (...) parece en absoluto deseable otra fórmula que no sea la sociedad civil, idónea para el ejercicio de una actividad, que aunque económica no tiene la consideración de comercial. Si se pretende evitar que denominaciones distintas de la cualificación profesional de los asociados equivoque o confunda a terceros cubriendo actividades que realizará quien no posee la necesaria habilitación, estamos ante un problema de auténtico orden público, y como tal excluido por el art. 1.255 de la autonomía de la voluntad de los particulares. No puedo simpatizar con el contenido de la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 5 de mayo de 1.967, cuando admitió la sociedad de tipo colectivo para el desenvolvimiento de actividades propias de las profesiones intelectuales. Y menos aún con la consideración norteamericana de la sociedad anónima, ya que esto puede producir el ejercicio abusivo de la profesión por parte de personas que no se encuentren tituladas o habilitadas legalmente"*<sup>266</sup>. Estas ideas se encuentran asimismo muy extendidas entre las propias organizaciones corporativas. Así, por ejemplo, el Colegio de Abogados de Madrid (ante la ambigüedad de los artículos 34 y 38 del Estatuto General de la Abogacía) ha afirmado que *"no se pueden constituir despachos colectivos bajo la forma de sociedad anónima, ni de responsabilidad limitada, ni asociaciones o entidades mercantiles para el ejercicio de la abogacía, pues las sociedades mercantiles limitan la*

---

<sup>266</sup> Así de contundente se expresa YZQUIERDO TOLSADA, en *La responsabilidad del profesional*, p.159, -repetiendo los mismos términos en "La responsabilidad de los profesionales liberales en el ejercicio en grupo", en *Ejercicio en grupo*, p.471; J.FERNANDEZ COSTALES, siguiendo a YZQUIERDO rechaza también las sociedades mercantiles para las sociedades profesionales de médicos: J.FERNANDEZ COSTALES, "Las sociedades de médicos", en *Ejercicio en grupo*, p.367. En el mismo sentido se manifiestan LUCAS FERNANDEZ, en *Com. Edersa*, XX,2 Madrid, 1.986, p.33; CAMARA, *Estudios* I, p.238; PAZ-ARES, *Comentario*, II, p.1.406. Una orientación similar se percibe en cierto sector de la doctrina italiana que frecuentemente sostiene que la única forma societaria que puede acoger el ejercicio de la profesión es la *società semplice* -que sería equivalente a nuestra sociedad civil- V. por ej., W.MIDDLETON, "Responsabilità illimitata, scelta dei soci, e ripartizione degli utili", pp. 214 ss; G.MANGONI, "Appunti sulla struttura e sull'esercizio delle società di professionisti", pp. 288 ss, ambos en *Le società di professionisti*, Milano, 1.973; El mismo punto de vista se registraba a menudo en la doctrina alemana antes de entrar en vigor la nueva *Partnerschaftsgesetz* (v. como botón de muestra K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 1.430: *Die Ausübung eines freien Berufs - insbesondere als Arzt, Zahnarzt, Rechtsanwalt, Notar, Steuerberater oder Architekt - ist kein Gewerbe, so dass eine Personengesellschaft unter Freiberuflern stets nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein kann*).

*responsabilidad y son fundamentalmente sociedades de capital, no entendiéndose su existencia sin éste..."<sup>267</sup>.*

4. En nuestra opinión, este planteamiento resulta de todo punto indamisible<sup>268</sup>, y ello porque, además de pasar por alto algunos preceptos positivos a los que muy pronto haremos referencia (en especial el art. 1670 CC), desconoce la neutralidad funcional del derecho de sociedades. Como hemos visto, las distintas formas sociales no tienen un valor en sí mismas, sino que constituyen meros instrumentos técnicos para la realización de los fines legítimos de las partes. La única razón que puede esgrimirse para impedir el recurso a un tipo especial es la de su *incongruencia organizativa* con las exigencias especiales de la actividad profesional, y esto es algo que -

---

<sup>267</sup>OTROSI, n.5, de julio 1.986, p.8. Texto recogido por LUCAS FERNANDEZ en *Com. Edersa*, XX.2 pp.32-34. Como salta a la vista, el error de base sobre el que se fundamenta esta decisión colegial reside en la *consideración unitaria* de todas las sociedades mercantiles, lo que lleva al Colegio a manifiestas equivocaciones conceptuales. En efecto, como es sabido no todas las sociedades mercantiles suponen la responsabilidad limitada de sus socios (la sociedad colectiva, o la responsabilidad de los socios colectivos de una sociedad comanditaria); además no todas las sociedades mercantiles tienen que tener "el capital como eje de su funcionamiento" (de nuevo las sociedades colectivas o comanditarias); existen por otra parte sociedades civiles con responsabilidad limitada (las sociedades agrarias de transformación).

<sup>268</sup>La última doctrina que se ha ocupado de las sociedades profesionales en nuestro ordenamiento, también lo considera. Vid. A.F.DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, pp. 174 ss, esp. 182-183; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 157-158. También en una línea favorable a la liberalización de estructuras societarias para el ejercicio profesional, se ha pronunciado el Tribunal de Defensa de la Competencia en su Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones de junio de 1992. En relación a las limitaciones vigentes para algunas profesiones, el Tribunal ha declarado que las mismas son manifiestamente dañinas para los propios intereses de los colegiados, en un entorno económico de integración europea, "no sólo de cara al consumidor español, sino de cara a la posibilidad de supervivencia de una actividad profesional de calidad, ejercida por parte de nacionales españoles. Es necesario permitir que aquellos españoles que quieran, puedan dar a su actividad una escala suficiente que les permita competir con sus colegas extranjeros". En la misma línea, V.BUONOCORE, "Primi orientamenti", en *Giur.comm.*, 1976,II,p.102; A.BONGIORNO, "Società fra esercenti libere professioni", en *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp. 237 ss, esp. 253 ss. Estos autores afirman que sin perjuicio de que *società semplice* constituya el marco más idóneo para el ejercicio colectivo profesional, ello no tiene porqué excluir *a priori* otras soluciones. En Francia, no obstante, la creación de sociedades civiles profesionales mediante la ya citada ley de 1966, pronto se sintió la necesidad de que no fuese la única estructura societaria para las profesiones liberales, apostando por la necesidad de elaboración de nuevas técnicas, que supieran resolver verdaderamente los problemas y las necesidades de los distintos modos de ejercicio de la profesión liberal (CH.REYNAUD, "Prospectives", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.207-215, esp.212 ss). Fruto de estas inquietudes fue la creación de la ley de 31 de diciembre de 1.990 sobre *sociétés d'exercice libéral* (sobre la misma v. *infra* 13,IV').

según veremos inmediatamente- no resulta fácil de sostener tampoco en los tipos especiales.

## II. SOCIEDADES MERCANTILES DE PERSONAS.

1. Desde luego no parece que desde la neutralidad del derecho de sociedades los reparos opuestos a la adopción del tipo de la *sociedad colectiva* deban prosperar. En su condición de arquetipo de sociedad personalista se convierte en una figura fácilmente adaptable al ejercicio colectivo de la profesión. La congruencia de su organización y régimen jurídico con la actividad profesional se refleja en muchos puntos: razón social de composición subjetiva (art. 126 C de c); intransmisibilidad de las cuotas (art. 143 C de c); llamamiento a todos los socios para ejercer la administración (art. 129 C. de c); disolución por muerte, incapacitación, concurso, o quiebra de cualquiera de los socios (art.222 C de c) la responsabilidad personal e ilimitada de todos sus socios (art.127 C de c), etc. Reglas todas ellas que, como hemos afirmado, reflejan lo que tradicionalmente se ha venido considerando como las expectativas normativas típicas de quienes constituyen una sociedad profesional<sup>269</sup>.

2. La *objeción* que, no obstante, se opone por la mayor parte de la doctrina a la viabilidad del ejercicio profesional por medio de esta clase de sociedades mercantiles, pasa por afirmar que, de acuerdo con las concepciones imperantes, las actividades profesionales son radicalmente diferentes a las actividades empresariales, y, por tanto, no puede utilizarse

para las primeras un tipo social, como el de la colectiva, predispuesto legalmente para las segundas<sup>270</sup>.

3. Frente a tal objeción, hay que comenzar por señalar que la *base empírica* en la que se sustenta tal consideración, tiende a desdibujarse en los últimos tiempos. En efecto, aún cuando en la actualidad resulta patente la imposibilidad de una identificación o equiparación *absoluta* entre ambas actividades toda vez que los profesionales se hallan sometidos a la disciplina corporativa de sus respectivos Colegios profesionales (los cuales se encargan como es sabido, de controlar y regular el acceso al ejercicio de la profesión, así como de condicionar el posterior desenvolvimiento de la misma), lo cierto es que nadie puede negar -si no es con un desconocimiento absoluto de la realidad- el creciente acercamiento de ambas actividades. En efecto, los criterios que tradicionalmente han calificado al empresario, y negativamente al profesional, tales como el ánimo de lucro, el riesgo, y, la organización, han

---

<sup>269</sup>No es extraño que algunos autores hayan apostado también por estas sociedades. Así para el ejercicio colectivo de la abogacía se manifiesta en este sentido, LANZA, "Società di avvocati", en *Riv.dir.civ.*, 1.961.I,p.373.

<sup>270</sup>Desde el flanco de los mercantilistas este punto de vista aparece expresado, con mayores o menores matizaciones en, M.BROSETA, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1.965, p.254; RUBIO, *Introducción al Derecho Mercantil*, 1969, pp.553-554; CAMARA, *Estudios.I*, p. 38; M.OLIVENCIA, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1995, pp. 33 ss. En la práctica registral se ha pronunciado en este sentido la Resolución de la DGRN, del 1 de agosto de 1.922, en relación a una sociedad colectiva constiuída por siete médicos y un farmacéutico denominada "Asociación Médica Mariscal y Compañía". Su objeto social era la prestación de servicios de asistencia médico-farmacéutica y de entierro. La Dirección General denegó la inscripción por entender que no tenía carácter merantil (alegando que la prestación de asistencia medico-farmacéutica "*esta muy alejada del verdadero concepto de acto mercantil*", y que la medicina y farmacia son "*profesiones reguladas en cuanto a su capacitación técnica y ejercicio por leyes y reglamentos especiales que excluyen el principio del libre ejercicio del comercio*". (A la misma se refieren también, J.OLAVARRIA, "Las sociedades de profesionales: "intuitus personae", libertad de empresa y cambio en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *Ejercicio en grupo*, pp. 272 ss). Debe observarse, no obstante, que hay que deslindar dos problemas: el de que la sociedad profesional se constituya con arreglo a un tipo mercantil (mercantilidad objetiva) y el de la inscribibilidad de tal sociedad en el registro mercantil (mercantilidad subjetiva). Sobre esta problemática v. lo que se dice a continuación en el texto.

dejado de ser privativos del empresario, y hoy resultan sin duda predicables también de la actividad profesional (*v.infra* a). Además la evolución legislativa en este ámbito refleja de modo patente el creciente proceso de aproximación de regímenes jurídicos al que se hallan sometidos profesionales y empresarios (*v.infra* b).

a) Así, en relación a los criterios definitorios, y en concreto en relación al ánimo de lucro ya hemos tenido ocasión de demostrar cómo en la actualidad constituye un carácter normal, sino esencial, de las profesiones liberales (*v. de nuevo supra* §8).

Tampoco parece necesario insistir en el hecho de que los profesionales pueden asumir tanto obligaciones de actividad como de resultado, asumiendo en este último caso los riesgos típicos característicos de cualquier obligación de este tipo: no tener derecho a una compensación si no se ha realizado el resultado prometido

Pero es sin duda alguna, el *factor organizativo* el que mejor refleja el acercamiento de los profesionales al mundo empresarial. En efecto, los medios materiales han dejado de tener el carácter auxiliar o instrumental que antaño se les atribuía<sup>271</sup>, para pasar a constituir elementos esenciales en la prestación de la actividad profesional. De ahí que el capital humano deje de ser en muchos casos, el único o fundamental *input* en la práctica profesional. Es más, la complejidad creciente de las actividades, y la proliferación de medios –personales y materiales– para el desarrollo de la práctica profesional, está provocando que la actividad de los profesionales se asemeje más a las organizaciones empresariales típicas, que a las de quienes obtienen sus rendimientos mediante la pura y simple prestación de su trabajo personal<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Sobre la diferenciación tradicional de ambas figuras en torno a la nota de la *organización*, marcada por una *ausencia* de la misma en la actividad de los profesionales, o cuando menos, por la *diferente dimensión* de su organización con los empresarios, así como en su utilización únicamente como medio instrumental o auxiliar respecto de la labor del profesional, fundamentalmente personal, *vid.* en nuestra doctrina, FERNANDEZ NOVOA, "Reflexiones preeliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", RDM, 1.965, I.p.8; M.BROSETA PONT, *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, p.254; RITTNER, *Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe*, pp.24 ss. Amplia información en C.IBBA, "Professione intelletuali e impresa", en *Riv.dir.civ.*, 1.982, II, pp.363 ss.

<sup>272</sup> La importancia del factor organizativo en relación con la actividad profesional es puesta de manifiesto en la doctrina por J.J.PERULES BASAS, "La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad", H.P.E., 1.972, n115, pp.74-75; A.ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Madrid, 1982, pp.27-30; STOLFI, "Struttura e natura giuridica della società di professionisti", *Riv.Dir.Com.*, 1.975, p.101; A.LAMBOLEY, *La société civile*, Paris, 1974, p.163; J.SAVATIER, "Qu'est-ce qu'une profession libérale?", en *Rev.projet*, 1.966, p.461-462.

b) En relación al *proceso de equiparación del régimen jurídico de la actividad profesional y empresarial*, debe afirmarse en primer lugar que, a ciertos efectos, estamos asistiendo a una aplicación indistinta de un conjunto de disposiciones normativas a profesionales y empresarios. Así en materia fiscal el legislador tributario define de un mismo modo a unos y otros, tanto en su actividad<sup>273</sup> como en su rendimiento<sup>274</sup>, asimilando el ejercicio de actividades profesionales por cuenta propia al régimen tributario propio de los empresarios; en el campo de la responsabilidad por productos y servicios, la aplicación indistinta del mismo régimen jurídico a unos y otros se refleja en el art. 28.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios<sup>275</sup>; en el ámbito asociativo, profesionales y empresarios son contemplados de forma indistinta en la Ley de Agrupaciones de Interés Económico<sup>276</sup>; en materia de derecho de competencia, debe mencionarse la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal, concebida para ser aplicada directamente a los profesionales como cualquier otro sector del mercado<sup>277</sup>. En este ámbito

---

<sup>273</sup>En este sentido el artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del impuesto sobre el valor añadido establece que: "*Son actividades empresariales ó profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos, o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular tienen esta consideración las extractivas de fabricación, comercio o prestación de servicios, incluidas las agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas*". Para un estudio detallado sobre los profesionales en la normativa española del Impuesto sobre el Valor añadido vid. MENENDEZ MORENO, *El concepto jurídico tributario del profesional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1.986, esp. 211-268; BANACLOCHE, *El impuesto sobre el valor añadido y los profesionales*, Madrid, 1.985; del mismo autor, *La tributación de las profesiones liberales*, Madrid, 1.980.

<sup>274</sup>Así, el art. 18.1 de la Ley 18/1991, de 6 de junio del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (IRPF) establece que: "*Se considerarán rendimientos de actividades profesionales ó empresariales aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno sólo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*". El mismo precepto menciona a continuación una serie de ejemplos de actividades que se consideran incluidas en las que acaba de definir, incluyendo entre las mismas a las actividades profesionales: "*en particular están incluidos entre dichos rendimientos los provenientes de actividades agrícolas, ganaderas, forestales, pesqueras, industriales, comerciales, de servicios, mineras, profesionales y artísticas*". Vid. así mismo el art.45 c) de la nueva ley del Impuesto sobre sociedades (Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades).

<sup>275</sup>El legislador ha previsto a tal efecto, que los *productos farmacéuticos* y los *servicios sanitarios* se hallen expresamente sometidos al régimen de *responsabilidad objetiva* establecido en general para los *empresarios* y demás personas a las que se refiere la citada ley, quedando pues, el mundo sanitario profesional, afectado directamente en cuanto a sus relaciones con los consumidores y usuarios, por las mismas reglas que las aplicables a los empresarios por los productos que comercializan en el mercado. Vid. el comentario que del citado precepto se realiza en el libro colectivo R.BERCOVITZ/RODRIGUEZ CANO, *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, 1.992, pp.713-727.

<sup>276</sup>Sobre la AIE, vid. *supra* § 3.I. 1. A los efectos que ahora interesan, debe resaltarse que el legislador, preve la posibilidad de la constitución conjunta de las mismas por profesionales y empresarios, siendo la normativa aplicable *común* a unos y otros "*sirviendo de instrumento para encauzar la creciente necesidad de cooperación que imponen las nuevas circunstancias del mercado*".

resulta también significativa la reciente reforma de la Ley de Colegios Profesionales<sup>278</sup>, por la que se modifican determinados preceptos contenidos en la Ley del 74, al objeto de asegurar en el ámbito estricto del ejercicio profesional, la plena vigencia y efectividad del núcleo normativo de la defensa de la competencia y la competencia desleal. Destaca entre otros, el tema de fijación de los honorarios, estableciéndose a tal efecto el principio de libre determinación de los mismos por acuerdo de las partes (art.5,q)<sup>279</sup>.

En segundo lugar, no debe olvidarse tampoco que en la actualidad existen profesiones liberales cuyo carácter mercantil aparece legalmente consagrado (como el de los agentes mediadores colegiados), o bien desenvuelven una actividad que tiene tal carácter (por. ej. auditores de cuentas); en otras ocasiones nos encontramos con profesiones cuya modalidad de ejercicio se inserta en las típicamente comerciales o empresariales (así el farmacéutico, titular de una oficina de farmacia)<sup>280</sup>.

Todas estas circunstancias que reflejan la creciente aproximación entre ambas actividades, han provocado que en la actualidad se perfile a los profesionales sino como empresarios, sí como lo que se han dado en llamar *operadores del mercado*<sup>281</sup>.

<sup>277</sup> Así en su Preámbulo [II,2], y en su art. 3. Vid, al respecto, F.VICENT CHULIA, "La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia", RGD, 1.991, pp.1535-1557, y allí ulteriores referencias; v. también, J.ALFARO, "Competencia desleal por infracción de normas", en RDM, 1991, p.701, nt.79.

<sup>278</sup> Ley 7/1997, de 14 de abril de 1997, sobre *Medidas liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales*. Vid. Al respecto; L. CALVO SANCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998, pp. 210 ss con una amplia referencia a los antecedentes de esta reforma legislativa..

<sup>279</sup> En el Derecho Comparado, las evoluciones más recientes muestran, en la misma línea liberalizadora, como las autoridades de la competencia han modificado algunas normas de la regulación profesional, por entender que algunas de las restricciones impuestas eran excesivamente restrictivas en sus efectos y servían a objetivos profesionales a expensas del interés público. Sobre esta cuestión vid. la información proporcionada por la Organisation for Economic Cooperation and Development (en adelante OCDE), *Competition policy and the professions*, Paris 1985, p.18 ss, y 79.

<sup>280</sup> A.MENENDEZ "La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (ensayo en torno al derecho español). *Homenaje a Jose Barrera Graf*, T.II, México, 1.991, p. 1131.

<sup>281</sup> Vid. La diferencia entre "*operador económico*", y "*empresario mercantil*" en la teoría de los círculos concéntricos de VICENT CHULIA, "La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia", RGD, marzo, 1.991, pp.1556-1557. Por su parte el Tribunal de Defensa de la Competencia en el Informe citado sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales, admitiendo la no equiparación en términos absolutos con los empresarios, afirmaba ya que, los profesionales, como operadores del mercado debían quedar sometidos a la normativa de la libre competencia.



4. Si la objeción fundada en el pretendido antagonismo entre empresarios y profesionales carece de excesivo fundamento, menor aún es su capacidad de convicción en el ámbito de la selección de los tipos sociales mercantiles. En efecto, hay dos argumentos positivos que lo demuestran claramente.

a) En primer lugar, la objeción expuesta -si bien pudo utilizarse en un momento anterior-, *carece de fundamento* una vez que la ley 19/1989, de 25 de julio, ha derogado los artículos del Código de comercio que condicionaban la adopción de un tipo mercantil a la elección de un objeto mercantil (117 II y 123 del C de c)<sup>282</sup>. Tal derogación ha de interpretarse como un reconocimiento implícito de la neutralidad esencial de los instrumentos jurídicos-societarios<sup>283</sup>, es decir, de la voluntad del legislador de poner a disposición de los particulares los tipos societarios mercantiles para su utilización fuera del ámbito de las actividades estrictamente empresariales.

b) En segundo lugar, y sobre todo, la reforma de 1989 no vino sino a ratificar lo que era la regla general desde la promulgación del Código civil: la apertura de formas mercantiles para actividades civiles. Así se establece, en

---

<sup>282</sup>En este sentido ha de afirmarse que aún cuando en el pensamiento genérico del legislador late la idea de que las sociedades mercantiles se orientan básicamente al tráfico comercial, el significado de esta derogación debe interpretarse como una renuncia por parte del legislador a vincular estas figuras *de forma necesaria* a la explotación de una industria mercantil.

<sup>283</sup>En este sentido la generalidad de ordenamientos europeos, admiten de forma más o menos explícita la posibilidad de acogerse a formas mercantiles personalistas para la consecución de objetivos no comerciales. Así en Italia, el art.2249 II C.civile (v. por todos, GALGANO, *Le società di persone*, Milano, 1.972, p.12, 123 ss.); en Francia, el art. 1 II de la ley de 24 de julio de 1966 sobre *sociétés commerciales*. En doctrina vid. al respecto HEMARD/TERRE/MABILAT, *Sociétés commerciales*, I, Paris, 1.972, pp. 220 ss, 328-329. La excepción la constituye el ordenamiento alemán, para el cual las sociedades mercantiles de personas no deben proponerse cualquier fin, sino que han de estar orientadas necesariamente a la explotación de una industria mercantil, quedando con ello automáticamente excluida su utilización para fines u objetivos civiles. El hecho de que la ley alemana subordine la adopción de una OHG o una KG a la consecución de un fin determinado, específicamente impuesto por la ley, justifica su caracterización como *zweckgebundene Typen*. Sobre ello v. por todos HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin, 1.964, pp. 5 ss, realizando consideraciones semejantes para las comanditarias. La imposibilidad por esta razón de la adopción de cualquiera de estas formas por los profesionales para el ejercicio colectivo de su actividad es tratada por A.KREMER, "Frei Berufe in der Rechtsform der GmbH", *GmbH-Rundschau*, 1.983, p.261; R.DONAATH, "Rechtsberatungsgesellschaften", *ZHR*, 1992, p. 136.

efecto, en el artículo 1670 CC que autoriza expresamente a las sociedades con un objeto civil a que "puedan revestir todas las formas reconocidas por el C de c". De ahí, que la naturaleza no mercantil de la actividad profesional en modo alguno represente un obstáculo para acogerse a un tipo societario mercantil<sup>284</sup>.

5. El error de la doctrina tradicional se basa en una falta de comprensión adecuada de las consecuencias de la aplicación del artículo 1.670. Afortunadamente hoy contamos con una interpretación concienzuda del texto legal que pasa por distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo de la mercantilidad de una sociedad<sup>285</sup>.

*La mercantilidad objetiva o del tipo* atiende a las normas reguladoras del tipo social. En este sentido una sociedad se considera sociedad civil o mercantil, según se ajuste a la legislación del Código civil o a la disciplina del Código de Comercio respectivamente. *La mercantilidad subjetiva o del sujeto* por su parte, atiende al estatuto jurídico de la sociedad como persona jurídica. Así se considera mercantil a la sociedad que se constituya como "comerciante colectivo", sujeta en consecuencia al estatuto del empresario. Por el contrario, se considera civil aquella sociedad que no merezca la calificación de comerciante, y por tanto deba excluirse de su régimen. Sobre esta distinción, a las

---

<sup>284</sup>Puede afirmarse en fin, que para el ejercicio de actividades civiles, no existe una necesaria reserva a la adopción de la sociedad civil (art. 1.670 Cc). No sucede lo mismo sin embargo con el ejercicio de la actividad mercantil, el cual se ve impedido del uso de la sociedad civil, debiendo someterse a la mayor rigurosidad de los tipos mercantiles. Es, en efecto, la dedicación al comercio lo que determina necesariamente la ubicación de cualquier fenómeno societario en el campo mercantil. En este ámbito la sociedad pertenecerá al tipo mercantil elegido, y si no ha habido elección, o esta se ve frustrada (por no haberse dirigido a un tipo mercantil), la sociedad se subsumirá en el tipo general del tráfico mercantil que es la sociedad colectiva. Para un análisis de las razones de esta tesis vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, pp. 66-70.

<sup>285</sup>Separación de planos que ha sido tratada por una amplia literatura; GIRON, "Sociedades civiles y Sociedades Mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comorado", RDM, 1.946,p.345 y ss, y "Sociedades civiles y mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español" RDM, 10, 1947, pp. 7 ss, reproducidas dentro de sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.955, pp. 7 ss, 65 ss, esp.90 ss; del mismo autor vid. también, *Derecho de Sociedades*, I,p. 56 y ss, y 92-93; GONZALEZ ORDOÑEZ, "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas" RDM, 59, 1956, pp.51 ss; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp.24-25; PAZ-ARES, *Comentario*, II, Madrid 1991, art.1.670, p. 1376-1385.

sociedades de objeto civil que se acojan a fórmulas mercantiles (art.1.670 Cc), son de aplicación íntegra las disposiciones de la fórmula social mercantil escogida, a excepción de aquellas disposiciones mercantiles reguladoras del estatuto jurídico del comerciante (obligación de contabilidad, suspensión de pagos, quiebra...), diferenciándose así las dos vertientes mencionadas, y quedando constituidas pues, como *sociedades objetivamente mercantiles, pero subjetivamente civiles*<sup>286</sup>.

La posibilidad brindada por el 1.670 se limita, dentro de las sociedades mercantiles, únicamente a las sociedades colectivas y las comanditarias, quedando excluidas de esta hipótesis mixta, tanto las sociedades anónimas como las limitadas. La *ratio* de esta exclusión, descansa en que tanto unas como otras establecen en sus respectivas leyes, una correlación entre la mercantilidad del tipo y del sujeto, sobre el criterio de la forma<sup>287</sup>, de tal manera que a todas las sociedades que adopten la forma de anónima o limitada se les aplicará, por ley, la regulación especial de estas sociedades en su integridad, es decir, no sólo sus aspectos objetivos (mercantilidad del tipo) sino también subjetivos (consideración como comerciante de la persona jurídica sociedad anónima)<sup>288</sup>, lo que resulta incompatible con la disposición

---

<sup>286</sup>Para la fundamentación de esta solución vid. GIRON, *Estudios*, 103-105 y *Derecho de Sociedades*, I, p. 92; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p.24-25; CAMARA, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, 20 ed. Madrid, 1.977, pp. 153-154, 240 ss; CAPILLA, *Comm.Edersa*, XXI-1, p. 67-68; PAZ-ARES, *Comentario*, Madrid 1991, art.1.670, pp.1381-1382; En contra vid. GONZALEZ ORDOÑEZ, "Los criterios sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles" RDM, 1956, pp.89 ss el cual introduciendo la doctrina del comerciante por razón de la forma, atribuye el *status* de comerciante a las sociedades civiles con forma mercantil.

<sup>287</sup>Vid. sendos arts.3 de la LSA y de la nueva LSRL. Sobre la mercantilidad de las sociedades corporativas vid. GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1.952, pp.70-71; id. *Derecho de sociedades*, pp.74-75.

<sup>288</sup>Esta correlación entre la mercantilidad del tipo y del sujeto sobre la base del criterio de forma, características de la anónima y limitada, se ha extendido a otras formas sociales. Así por ejemplo a las sociedades de garantía recíproca (tal y como expresamente lo establece su el art.3 R.D.1885/1978, de 26 de julio), las sociedades cooperativas (sobre la mercantilidad de las mismas vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, pp. 11-114), e incluso a otras estructuras societarias personalistas como son las Agrupaciones de Interés Económico, las cuales según su art.1 tendrán carácter mercantil, convirtiéndose así en comerciantes por razón de la forma. Aún a falta de un precepto que expresamente lo establezca, entendemos asimismo que la sociedad comanditaria por acciones, en cuanto no es sino una derivación estructural de la sociedad anónima, se constituye también como una sociedad mercantil en los términos expresados para las anónimas. En efecto, la genérica aplicación a esta figura de las normas reguladoras de las anónimas (art.152 C de c), unido a las afinidades estructurales y

del 1.670 del Cc, que, como hemos visto, excluye para sociedades civiles con forma mercantil aquellas normas propias del estatuto del comerciante, incompatibles con su naturaleza (subjektivamente) civil.

Consecuentemente, el artículo 1.670 del Cc va referido, exclusivamente, a aquellas sociedades civiles (por su objeto) que se acojan a la fórmula de la colectiva o la comanditaria, en las que, si bien se respetará la naturaleza (subjektivamente) civil de las mismas, les serán aplicables el resto de las disposiciones propias de estas fórmulas organizativas en cuanto al tipo social.

6. La aplicación de las normas reguladoras de estas sociedades no plantea problemas por la compatibilidad general entre el régimen civil y el de estas fórmulas mercantiles personalistas. Así en términos generales no existe problema en la aplicación del régimen de constitución, relaciones internas, administración o extinción. No obstante, hay dos aspectos en los que existen diferencias marcadas que pueden ser relevantes en el ámbito de los servicios profesionales. Nos referimos a la responsabilidad del socio por las deudas sociales (a), y a la inscripción de estas sociedades en el Registro (b).

a) Por lo que se refiere al régimen de responsabilidad, parece preferible afirmar con la doctrina mayoritaria, que si una sociedad profesional adopta la

---

funcionales existentes entre ambos tipos organizativos permiten sostener sin dificultad, que toda sociedad en comandita, cualquiera que sea su objeto tendrá carácter mercantil, debiéndose aplicar a la misma, cualquiera que sea el objeto de su actividad, el concepto legal de comerciante y las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan. En este sentido no sería tampoco admisible en nuestro ordenamiento que una sociedad civil (en nuestro caso profesional) pudiera adoptar esta forma social al amparo del art. 1.670 Cc. En este sentido vid. L.FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Comentario al régimen General de las sociedades mercantiles. La sociedad comanditaria por acciones*, XIII, Madrid, 1.992, p.56. Solución distinta es la que se ha adoptado en Francia, donde el legislador a efectos de integrar la actividad profesional en sociedades comanditarias por acciones se aleja en su regulación (Ley de 31 de diciembre de 1990 sobre *sociétés d'exercice libéral*) de cuestiones tan fundamentales como la responsabilidad o la mercantilidad de las mismas, estableciendo a tal efecto para los profesionales, no obstante su condición de comanditarios, una responsabilidad ilimitada y solidaria por las deudas sociales (art.13.2), añadiendo además que *Les associés commandités d'une société d'exercice libéral en commandite par actions n'ont pas de ce fait la qualité de commerçants*.

forma de sociedad colectiva, debe prevalecer el régimen de responsabilidad de esta sociedad sobre el propio de la sociedad civil. Consecuentemente, debe afirmarse la responsabilidad solidaria de los socios<sup>289</sup>. Esta afirmación no es, por otro lado, extraña al tipo de la sociedad civil donde se acepta generalizadamente la posibilidad de que los socios pacten tal forma de responsabilidad.

Tampoco nos ofrece duda que si la sociedad adopta la *forma comanditaria* deberá aplicarse la limitación de responsabilidad propia de los socios comanditarios por ser, también ésta, esencial en este tipo social. De eliminarse, acabaría por convertirse en una simple colectiva<sup>290</sup>. El mantenimiento de esta limitación ha sido considerado sin embargo por algún sector de la doctrina, como incompatible con la exigencia de responsabilidad personal del profesional, lo que en definitiva a llevado a afirmar la no idoneidad de esta forma societaria para el ejercicio de la profesión<sup>291</sup>.

A nuestro juicio esta postura debe rechazarse, por no tener en cuenta el estatuto jurídico del socio comanditario en estas sociedades. Como es sabido, estos socios únicamente se dedican a financiar económicamente el desarrollo del objeto social. Por definición no participan con su actividad personal en el desarrollo del mismo, así como tampoco pueden inmiscuirse en la administración y gestión de la sociedad. La limitación de su responsabilidad es precisamente la contrapartida de su no participación activa en la

---

<sup>289</sup>Vid. por todos CAPILLA, *Comm.Edersa*, XXI-1, p.67.

<sup>290</sup>Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 540.

<sup>291</sup>En este sentido, MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, p.77.

sociedad<sup>292</sup>, por lo que la divergencia entre responsabilidades no se llega a plantear<sup>293</sup>.

b) Con relación al problema de la *inscripción*, entendemos que la sociedad profesional que haya adoptado la forma de colectiva o comanditaria no debería ser inscrita en el Registro mercantil<sup>294</sup>. Así se deduce del artículo 16,21 del Código de Comercio que califica como sociedades objeto de inscripción a las "sociedades mercantiles", esto es, a las sociedades subjetivamente mercantiles, aquellas sociedades que en última instancia poseen tal carácter, por dedicarse al ejercicio de una actividad mercantil. En coherencia con este sentido, el Reglamento del Registro Mercantil se aleja de las viejas fórmulas que regulaban la inscripción, y establece así mismo, únicamente la inscripción de las "sociedades mercantiles" (art.81. 1 b, RRM)<sup>295</sup>. Esta solución resulta por lo demás la más coherente con la función

---

<sup>292</sup>Sobre el régimen jurídico de las sociedades comanditarias vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, pp. 527 ss.

<sup>293</sup>Por su parte el legislador francés, al admitir -entre otras- la constitución de sociedades comanditarias por acciones entre aquellos que ejercen una profesión liberal (ley de 31 de diciembre de 1990), establece una derogación del régimen de responsabilidad de estas sociedades, al disponer que los socios comanditarios responderán indefinida y solidariamente de las deudas sociales (art.13 II). El precepto no tendría sentido alguno si el estatuto de estos socios en *sociétés d'exercice libéral*, fuese semejante al del régimen general. Sin embargo también el legislador altera el mismo estableciendo que los comanditarios de estas sociedades son personas físicas que ejercen regularmente una profesión en el seno de la sociedad (art. 13 I). En cualquier caso, tampoco aún en este caso hubiera sido necesario establecer esta responsabilidad personal e ilimitada de los mismos, a fin de salvaguardar su responsabilidad profesional, y ello por la separación de planos con la que, a nuestro juicio, es necesario contemplar la responsabilidad de los profesionales que actúan en sociedad. Sobre esta cuestión v. ampliamente lo que se dirá en el cap. *Infra* §27 ss dedicado al régimen de responsabilidad de la sociedad profesional y de sus socios.

<sup>294</sup>Contra, buena parte de la doctrina que se ocupa del tema con carácter general. Así GONZALEZ ORDOÑEZ, "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades civiles y mercantiles y sus consecuencias prácticas", RDM, 1.956,p. 95; GARCIA MAS, "La sociedad civil y su conexión registral", RCDI, 1990,p.165; R.URIA, "Problemas y cuestiones sobre la quiebra de las sociedades", RDM, 1.946,p. 9; BADIA, "En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español", RCDI, 1986,p.328; CAMARA, *Estudios*, I, p.154.

<sup>295</sup>Con anterioridad el Reglamento del RM de 20-IX-19 establecía en su artículo 117 2 que debían inscribirse "las sociedades civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el art. 1.670 del Código

que cumple el registro, que es la de servir de instrumento de publicidad dentro del ámbito mercantil. Así las cosas, parece lógico afirmar que a este ámbito debe limitarse. Realmente no tendría mucho sentido someter a una publicidad registral, a los profesionales que ejerzan su actividad dentro del ámbito del art.1.670 Cc, "al menos mientras la publicidad registral no se generalice también para el resto de sociedades civiles". Un tratamiento desigual para una misma actividad, supone una amenaza contra la racionalidad del sistema<sup>296</sup>.

7. Analizadas las dos cuestiones que pueden resultar más conflictivas a la hora de integrar el ejercicio profesional dentro de las fórmulas mercantiles personalistas, concluimos este apartado confirmando sin mayores problemas, la posibilidad de que los profesionales puedan acogerse a la forma de colectiva o comanditaria para el ejercicio de su profesión<sup>297</sup>. Ni que decir

---

Civil". Esta misma solución se estableció en el Reglamento previgente de 14-XII-1.956 cuyo art.84 1 establecía la inscripción de "las sociedades que se constituyan con arreglo a las disposiciones o formas del Código de Comercio (...)".

<sup>296</sup>En este sentido se expresa PAZ-ARES, *Comentario*, Madrid, 1.991, art.1.670 p. 1382; vid. también GARRIGUES, "Teoría de las Sociedades Mercantiles", RDM 1.974, p.22, el cual aduce además que "la libertad de forma del 1.667 CC se opone a los requisitos del artículo 119 del C.de c. Siendo estos requisitos elemento de diferenciación de las sociedades mercantiles, parece que deben quedar reservados a estas. La inscripción en el Registro Mercantil de una sociedad civil con forma mercantil induce a los terceros al error de suponer que se trata de una sociedad íntegramente sometida al C de c"; FERNANDEZ DEL POZO, *Nuevo Registro*, p. 71, cita abundante jurisprudencia así como jurisprudencia registral en este sentido.

<sup>297</sup>El Colegio de abogados de Barcelona es de los pocos de España que tienen registrados, los despachos colectivos de abogados que se han acogido a la fórmula de la sociedad colectiva. Dato recogido por J.K.ALBIEZ DOHRMANN, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, p. 123. Merece asimismo ponerse de relieve, el precedente legislativo relativo a la posibilidad de constituir sociedades colectivas y comanditarias por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que por razones estrictamente formales no llegó a aplicarse. Según la información proporcionada por ALBIEZ DOHRMANN, el Reglamento de los Colegios Oficiales y de su Junta Central (Decreto de 4.12.1969), admitió en su artículo tercero, la constitución de sociedades colectiva y comanditaria por los API, exigiendo a tal efecto una serie de requisitos limitadores (tales como la clara determinación del objeto social, socios exclusivamente pertenecientes a esta profesión, control por parte de los Colegios Profesionales, etc., dejando en manos del Gobierno el desarrollo del estatuto jurídico en cuanto al régimen de gerencia de estas sociedades y su relación con los Colegios profesionales). Esta norma fue declarada nula por la Sala cuarta del Tribunal Supremos en sentencia de 16.5.1972 (a.2971) sobre la base de que durante la tramitación del expediente que precedió al Decreto no se había tenido en cuenta la opinión de la Junta Central de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Más información en ALBIEZ DOHRMANN, "Las agrupaciones societarias y no societarias", en *Estudios Lacruz*, pp. 11-37.

tiene que las tendencias del derecho comparado se orientan en la misma dirección permisiva<sup>298</sup>.

### § 13. Sociedades Mercantiles de capital y actividad profesional.

#### I. PRELIMINAR.

Corresponde ahora analizar la compatibilidad de la actividad profesional con su ejercicio en sociedades de capital. Es ésta una cuestión que adquiere particular relevancia dada la generalización de estas sociedades en el tráfico de nuestros días y el especial interés que muestran muchos grupos profesionales (simples o sofisticados) por acogerse a las mismas. Sin embargo son también estas sociedades las que suscitan mayores problemas de aceptación doctrinal. Los principales obstáculos derivan de la dificultad de armonizar los principios informadores de la actividad profesional, con el

---

<sup>298</sup>(a) En el derecho francés el recurso a las sociedades comanditarias por acciones ha sido expresamente regulado en la ley de 31 de diciembre de 1990 (vid. de nuevo al respecto la nt.301; (b) En el mundo anglosajón el problema propiamente no se suscita por carecer de dos tipos de sociedades personalistas, uno civil y otro mercantil. La *Partnership* es un tipo general, que naturalmente puede ser empleado en el sector profesional. (Sobre la *Partnership* en Estados Unidos y el Reino Unido, pueden consultarse los trabajos de A.R.BROMBERG/L.E.RIBSTEIN, *Partnership*, y E.H.SCAMELL, *Lindley on Partnership*, respectivamente); (c) En Alemania el reconocimiento es indirecto, pues ante la imposibilidad de hacerlo bajo la disciplina del HGB, el legislador ha tenido que dictar la *Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze vom 25.7.1994* (BGBl. I S. 1744), a imagen y semejanza de la sociedad colectiva, a la que el propio legislador remite con carácter supletorio. El nuevo tipo se destina especialmente a los profesionales que no desean acogerse a la sociedad del BGB, ni a las formas de *Kapitalgesellschaften* (vid. por todos, la reciente monografía de M.HENSSLER, *PartGG*, 1.997); (d) Lo mismo ha sucedido en *Austria*, a partir del 1 de enero de 1991 a través de la *Erwerbsgesellschaftengesetz* (EGG). Ante la imposibilidad de ejercer la profesión a través del régimen general de la colectiva o comanditaria, el legislador ha creado dos nuevos tipos societarios: la *Offene Erwerbsgesellschaft* (OEG), y la *Kommanditerwerbsgesellschaft* (KEG), para la práctica de la profesión, siempre que la misma se encuentre en armonía con las prescripciones y reglamentos profesionales. (Vid., K.SCHMIDT, "Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine Reform der GesbR", *JBl*, 1.988, 745, 756; G.ROTH, "Die kleine Erwerbsgesellschaft zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht", *ZHR*, 155 (1.991), 24-51); (e) El recurso a la sociedad colectiva y comanditaria aparece expresamente previsto en los dos proyectos de ley más recientes en *Italia* (proyecto n.º 849 de 1 de julio de 1.988, con Borgoglio como "primo firmatario", y el n.º 4565 de 8 de febrero de 1.990 con Marzo, como "primo firmatario"). Ofrece información al respecto, G.AMADIO, "L'esercizio associato della professione intellettuale tra presente e futuro: le prospettive di una riforma", *Riv.dir.civ.*, 1.990, II, pp. 663 ss.



régimen jurídico de estas sociedades de naturaleza corporativa. Dificultad que, en términos generales, viene siendo considerada como un problema de "*incompatibilidad general del tipo de la sociedad de capitales*"<sup>299</sup>. Trataremos de demostrar en todo caso, como también aquí, los problemas son más aparentes que reales.

Para plantear adecuadamente la cuestión hay que deslindar dos cuestiones que poco tienen que ver entre sí: la cuestión de la flexibilidad organizativa (v. *infra* II), y la cuestión de la compatibilidad con las exigencias deontológicas (v. *infra* III).

## II. FLEXIBILIDAD ORGANIZATIVA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL Y ACTIVIDAD PROFESIONAL.

1. Como hemos adelantado, la dificultad o imposibilidad de que los profesionales se acojan a sociedades de capital se viene haciendo descansar sobre una incompatibilidad general con el tipo de estas sociedades. A nuestro juicio, esta postura no puede aceptarse sin graves reservas.

En primer término, y por lo que se refiere al objeto social, debe afirmarse que la generalizada adscripción de estos tipos sociales al tráfico mercantil, no debe descartar su admisión para la realización de actividades de otra índole. En efecto, el hecho de que la mercantilidad de las mismas venga determinada *ex lege* en función del criterio de la forma, con la consiguiente abstracción respecto a la comercialidad del fin social, convierten a estas

---

<sup>299</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, p.1406. Por su parte, YZQUIERDO TOLSADA, llega a afirmar que la utilización de una sociedad anónima por profesionales supondría un problema de orden público: YZQUIERDO TOLSADA, en *La responsabilidad del profesional*, p. 159.

sociedades en instrumentos organizativos aptos para la realización de cualquier género de actividad<sup>300</sup>.

2. Si el carácter civil de la actividad profesional no supone obstáculo alguno para la adopción de estas formas societarias, lo relevante será el examen de los principales aspectos que configuran el régimen jurídico de las mismas, esto es, los llamados "principios configuradores del tipo".

Aún cuando la ambigüedad y el oscurantismo es lo que caracteriza a todos los intentos doctrinales que han tratado de definir y enumerar los mismos<sup>301</sup>, bien puede afirmarse que, sobre todo, los que inspiran la regulación de las sociedades anónimas, se encuentran muy alejados de los que, por principio, deberían informar el régimen legal de una sociedad profesional. En efecto, como es sabido las primeras se estructuran sobre *criterios puramente capitalistas*: la atribución del "status" de socio se articula sobre la aportación de capital, y no sobre las condiciones personales de los socios. La importancia del capital se ve reforzada además por la prohibición expresa de la aportación de industria o trabajo<sup>302</sup>. Junto a su constitución

---

<sup>300</sup>El artículo tercero de la LSA y de la LSRL, se lo permiten sin paliativos. Resulta a estos efectos significativo, la desaparición del segundo párrafo de ambos artículos que prohibía que se constituyera objeto de las mismas "*la representación de intereses colectivos, profesionales o económicos atribuidos a otras entidades por la Ley con carácter exclusivo*". Sobre la *neutralizzazione causale delle strutture societarie* haciendo especial referencia a las sociedades de capital vid. G.FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1.984, pp. 39 ss. Entre nosotros, v. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p.26.

<sup>301</sup>Vid. la indefinición en que se mueve DUQUE, "Escritura, estatutos y límites de la libertad estatutaria en la fundación de Sociedades Anónimas", en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1.991, pp. 105 ss; en relación con las sociedades de responsabilidad limitada, vid, el catálogo de principios heterogéneos que enumera VICENT CHULIA, *Introducción al derecho mercantil*, 90 ed., Valencia, 1.996, pp. 188-190.

<sup>302</sup>Prohibición contenida en la II Directiva de la C.E.E., de 13 de diciembre de 1.976 en tema de sociedad por acciones (art. 7), e introducida posteriormente en la generalidad de los ordenamientos de nuestro entorno. Nuestro legislador la ha consagrado en el art. 36 LSA, y también en el art.18 LSRL. El carácter imperativo de estas normas excluye, según hemos visto, la posibilidad de una modificación contractual de las mismas por las partes.

*intuitu pecuniae* debe destacarse asimismo su *carácter abierto*, marcado por el principio de *libre transmisibilidad de las acciones*, lo que, unido a la posibilidad de emisión de acciones al portador, permite que la composición social pueda cambiar de manera opaca<sup>303</sup>. A ello debe añadirse también el que la ley asume como punto de partida, el criterio del "heteroorganicismo", esto es, que la gestión de la sociedad no sea encomendada por principio a los socios<sup>304</sup>.

3. Así las cosas, y al objeto de acomodar el régimen descrito a las necesidades específicas de las sociedades profesionales, la cuestión debe centrarse en averiguar si es posible "personalizar" dicho régimen<sup>305</sup>.

En opinión de cierto sector de la doctrina, esta personalización no debiera admitirse en línea de principio, toda vez que la misma implica una abierta contradicción con los principios que configuran la arquitectura de la sociedad anónima<sup>306</sup>. Principios a los que tradicionalmente se le viene asignando la función de garantizar "la esencialidad propia del tipo", actuando en consecuencia como límites inmanentes a la libertad contractual de las partes. Bajo esta construcción, la autonomía de la voluntad, vendría condicionada no sólo por las normas de carácter imperativo y los principios generales del ordenamiento, sino también por los preceptos de *carácter*

---

<sup>303</sup>No sucede lo mismo en el caso de las Sociedades Limitadas, las cuales son por definición sociedades cerradas, esto es, sociedades que parten de un criterio restrictivo en orden a la libertad de transmisión de sus participaciones.

<sup>304</sup>Arg. ex art. 123.2 LSA. Criterio que inspira igualmente la gestión de las sociedades limitadas (art. 58.2 LSRL).

<sup>305</sup>Sobre la -más fácil- personalización de la Sociedad de Responsabilidad Limitada v. por todos, F.J.AIONSO ESPINOSA, "La sociedad de responsabilidad limitada ¿corporación personalizable?", en RdS, 1.996, n.7, pp. 31 ss.

<sup>306</sup>No debe olvidarse que la sociedad anónima está destinada prevalentemente a servir de cauce para empresas de grandes dimensiones, con composición accionarial plural y numerosa y con vocación a financiarse en el mercado de capitales.

*dispositivo* que recojan criterios de ordenación general o formulaciones de principios de justicia material. Consecuentemente no se admiten desviaciones arbitrarias de derecho dispositivo cuando estas contengan principios configuradores de la esencia del tipo básico o genérico al que pertenece la sociedad.<sup>307</sup>

4. Frente a esta concepción debe recordarse de nuevo con carácter general la *neutralidad del derecho de sociedades*. La esencia de una forma societaria, se agota en las reglas contenidas en su normativa indisponible. De ahí que las normas sobre organización sean, salvo imperatividad legal (y en tanto no atenten contra intereses de terceros o hayan sido establecidas para proteger el consentimiento de alguna parte) libremente disponibles<sup>308</sup>.

A ello debe unirse la *importancia que la autonomía de la voluntad juega en determinados aspectos societarios*. Así por ejemplo en la *disciplina de los órganos sociales y en concreto en materia de administradores*, es posible exigir la condición de accionista para poder ser elegido administrador (art. 123 LSA). Asimismo es posible que las acciones no lleguen nunca a emitirse (arg. ex arts. 55.5 y 56.1 LSA), o que se refieran nominativamente a socios conocidos.

Pero más allá de estas posibilidades, es el propio legislador quien se encarga de aclarar cualquier duda en torno a la lícita personalización de la

---

<sup>307</sup> Así, aunque dubitativamente, v. J.M.EMBRID BRUJO/F.MARTINEZ SANZ, "Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital", RdS, 1.996, pp. 11 ss, 18, cuando afirman que, de no existir las "salvedades" (refiriéndose a las posibilidades establecidas por el legislador permitiendo la personalización), "*probablemente las cláusulas personalizadoras serian ilícitas por contrariar los principios configuradores del tipo*".

<sup>308</sup> V. OTT, *Die problematik einer Typologie* p.85; WESTERMANN, *Vertragsfreiheit* pp.72 y 94. Sobre las razones de fondo que aconsejan reconsiderar las limitaciones de la libertad contractual en el derecho de sociedades de capitales v. PAZ-ARES, "Libertad contractual en la LSRL", *Tratando*, pp. 159 ss.

anónima<sup>309</sup>. Dos son fundamentalmente, los mecanismos que instrumenta a tal efecto: la utilización de *prestaciones accesorias*, a través de las cuales se articula la prestación de actividad de los socios<sup>310</sup>, y las *cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones* cuya finalidad no es sino controlar el círculo societario sometiendo a la consideración de los demás socios la entrada de nuevos miembros a la sociedad. (arts. 9 k) y 63 LSA)<sup>311</sup>.

5. Todas estas posibilidades constituyen en fin, desviaciones del tipo predispuesto para la anónima que el legislador permite expresamente, lo que confirma de *lege lata* la polivalencia funcional de este tipo de sociedades, que permite acoger sin violencia a sociedades que, como las profesionales, se caracterizan por su estructura personalizada.

6. Junto a esta flexibilidad organizativa, no pueden olvidarse sin embargo, las *rigideces* que las sociedades anónimas -y en menor medida las

---

<sup>309</sup> Otra cosa es enjuiciar si ello hubiese sido o no necesario. A nuestro juicio -tal y como puede deducirse del texto- no lo hubiera sido en orden a aquellos principios que dispositivamente configuran el tipo básico o general de la anónima. Debe reconocerse en cualquier caso que la licitud de personalización de la misma no hubiese sido resultado en modo alguno pacífica. Así lo ponen también de relieve EMBID/SANZ, "Libertad de configuración estatutaria", RdS. 1.996, p.18.

<sup>310</sup> Sobre las mismas vid. lo que se dirá en *infra* §21.II.1 y allí referencias.

<sup>311</sup> A nuestro juicio, aún cuando esta posibilidad no hubiese sido prevista expresamente por el legislador, no debería ofrecer duda alguna toda vez que el principio de libre transmisibilidad que inspira el tipo legal de la anónima es un principio de carácter dispositivo. Este carácter implica que el mismo se verifica como una simple presunción de voluntad de los socios conectada con el régimen típico de organización, y que, en cuanto tal, puede ser destruida cuando las partes quieran conformar una estructura diversa. En este sentido debe entenderse en efecto, que las normas que regulan el régimen de transmisión en las sociedades anónimas, fundadas en la libre transmisibilidad de las acciones no establecen una natural o esencial transmisibilidad, sino que simplemente constituyen una presunción razonable de la voluntad de las partes. El legislador presume en estas sociedades, un interés de los socios en la libre disposición de sus acciones, lo que no significa que esta presunción legal, que tan sólo integra o suple la voluntad de los socios, sea indisponible. No hace falta insistir que, en línea de principio, esta opinión no resulta pacífica en la doctrina, que busca también en ese oscuro límite de los principios configuradores de carácter dispositivo, nuevas barreras a la autonomía privada (v. de nuevo *supra* § 11). La cuestión en todo caso no ofrece duda alguna, toda vez que, como decimos, es el legislador quien preve la posibilidad de cerrar contractualmente la estructura abierta que caracteriza a la sociedad anónima, confirmando así que el derecho a la libre transmisibilidad, si bien típico, no puede considerarse como un derecho incondicionado, ilimitado e inderogable. En general, sobre la configuración negocial del régimen de transmisión de acciones y participaciones vid. por todos, PERDICES, *Cláusulas restrictivas*.

sociedades limitadas- presentan en su disciplina positiva, las cuales pueden acabar dificultando su adopción por sociedades profesionales usuales. En particular, el régimen de separación y exclusión de socios (que sobre todo en la anónima tiene dificultades de articulación estatutaria); el régimen de derecho de suscripción preferente (que no puede suprimirse más que a través del procedimiento de exclusión); el régimen de distribución de beneficios (que no puede confiarse a la junta general); y el régimen del cálculo de la cuota del socio saliente (que no puede alejarse del principio del valor real), representan obstáculos notables para un correcto acoplamiento de la estructura societaria a las necesidades de los grupos profesionales, que en estas materias requieren reglas muy similares a las que rigen en las sociedades de personas.

7. Pero con ser ello cierto, no lo es menos que tales obstáculos no pueden invocarse para impedir a las partes que, si a pesar de todo, lo estiman oportuno, se acojan a cualquiera de esos tipos. En efecto, como tendremos ocasión de comprobar en la segunda parte del trabajo, un “planteamiento liberal” permite soslayar todos estos argumentos. La decisión habrá de quedar pues, en manos de las partes, quienes habrán de acomodar las posibilidades legales que se le ofrecen de flexibilizar dicho régimen a sus necesidades específicas.

### III. COMPATIBILIDAD DE LA ESTRUCTURA DE CAPITAL CON LAS EXIGENCIAS DEONTOLOGICAS PROFESIONALES.

La cuestión se plantea en términos diversos desde el punto de vista de las exigencias deontológicas. Contra el empleo de los tipos capitalistas suelen aducirse en este campo dos argumentos principales.

a) El primero hace referencia a las *dificultades de control corporativo* que puede tener la actividad profesional de una sociedad profesional cuya base subjetiva puede cambiar de manera opaca<sup>312</sup>. El reparo afecta sobre todo a la sociedad anónima que emita acciones al portador. La objeción no parece, sin embargo, de gran peso, puesto que olvida que, en todo caso, el control corporativo podrá y deberá actuar directamente sobre el profesional actuante. Además, en la práctica el problema se salva fácilmente porque en estas sociedades no existen socios anónimos. En efecto, como ya se ha apuntado el vínculo del socio profesional con la sociedad ha de construirse necesariamente a través de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias de contenido profesional. Circunstancia que, por imperativo del art. 52.1 LSA, asegura la nominatividad de las acciones y por ende la identificación de los accionistas. A ello debe añadirse que la totalidad de las leyes y disposiciones especiales que se han ocupado de las sociedades profesionales establecen una conexión registral con el orden corporativo (v. de nuevo *supra* §6,II ), imponiendo una publicidad de los cambios de socios, lo que obviamente contribuye también a asegurar el control corporativo.

b) El segundo argumento que puede esgrimirse contra el recurso a las sociedades de capital -y sin duda alguna el más poderoso- se funda en el principio de responsabilidad limitada de los socios, que desvirtuaría el principio de responsabilidad personal connatural al ejercicio de las profesiones liberales. En efecto, la admisión de una anónima o limitada de profesionales -se afirma- comportaría, en aplicación de su régimen de responsabilidad, el

---

<sup>312</sup> Así, YZQUIERDO TOLSADA, La responsabilidad del profesional liberal, p.159.

que la responsabilidad dimanante de los actos profesionales prestados en o por la sociedad, recayera únicamente en el patrimonio social, quedando en consecuencia el profesional actuante desvinculado de dicha obligación, desvirtuándose así el principio de la responsabilidad personal e ilimitada que caracteriza a los mismos<sup>313</sup>. El tema será objeto de estudio más adelante (v. *infra* §27 ss). No obstante -y adelantando algunas de las conclusiones a las que allí se llega- podemos decir que el argumento es más bien inconsistente, puesto que la limitación de responsabilidad societaria de los socios no excluye la responsabilidad personal del profesional que, como actuante, contrae frente al cliente. De *lege lata* esta conclusión se extrae de los principios generales que informan la actividad profesional, y su exigencia, cualquiera que sea el modo de ejercicio, es ampliamente reconocida por la doctrina y jurisprudencia. De *lege ferenda* el problema se solventaría fácilmente declarando expresamente la responsabilidad personal e ilimitada del profesional actuante, como por otra parte ya hace -aunque en términos materialmente excesivos y técnicamente incorrectos- el artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas en relación a las sociedades de auditores.

#### IV. EL ARGUMENTO DE DERECHO COMPARADO.

1. Como puede comprobarse, ni existen disposiciones imperativas en el Derecho de sociedades de capital, ni existen disposiciones imperativas en la regulación corporativa de las profesiones que impidan la utilización de las formas anónima o limitada para el ejercicio conjunto de actividades

---

<sup>313</sup>El argumento ha sido especialmente elaborado por la doctrina extranjera: v. a título de ejemplo, L.MICHALSKI, *Das Gesellschafts und Kartellrecht*, pp. 274 ss y 352; SCHIANO DI PEPE, *Società di*



profesionales. No es de extrañar, pues, que la posibilidad de que los profesionales se acojan a sociedades de capital, goce del refrendo generalizado del derecho comparado, cuya evolución más reciente se halla presidida precisamente por la tendencia hacia la admisión de las sociedades profesionales de capital. Las resistencias iniciales han acabado disipándose.

(a) Francia ha resuelto la cuestión recientemente por medio de la Ley n.º 90-1258 de 31 de diciembre de 1.990. Al amparo de esta normativa los profesionales pueden constituir para el ejercicio de su profesión bien sociedades anónimas, limitadas, o comanditarias por acciones<sup>314</sup>.

(b) En Alemania se preve expresamente la posibilidad de que las sociedades de los asesores contables y fiscales, (*Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*, y *Steuerberatungsgesellschaften*) se acojan a las formas capitalistas: *Aktiengesellschaften* o *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*<sup>315</sup>. En relación a los abogados, el proceso evolutivo va en la misma dirección; de hecho la doctrina y jurisprudencia más recientes han admitido ya el recurso a la sociedad limitada<sup>316</sup>. Aún

---

*professionisti*, pp. 197 ss.

<sup>314</sup>Incluso antes de la ley n.º 90-1258 de 31 de diciembre de 1.990, existían ya, una lista de profesiones liberales a las que se les concedía expresamente la posibilidad de constituir sociedades mercantiles (expertos-contables: sociedades anónimas o de responsabilidad limitada [Ord., 19 de septiembre de 1.945, art.6 modificado por la L.n.º 68-946, 31 octubre 1.968]; *commissaires aux comptes*: cualquier tipo social [L. n.º 66-537, 24-7-1966, art.218]; arquitectos: sociedad anónima o limitada [L.n.º 77-2, 3 enero 1.977], etc.), las cuales, debían acatar necesariamente una serie de normas, previstas con el fin de acomodar su régimen a las exigencias de la actividad profesional: así, la obligación de la forma nominativa de las acciones; una reglamentación del capital donde la mayoría era reservada a los profesionales ejercientes en el seno de la sociedad; la reserva de los puestos de dirección a los profesionales que ejerzan en sociedad; la necesidad de obtener un acuerdo previo de los profesionales para la admisión de un nuevo socio. Este régimen mínimo común es el que ha servido posteriormente de guía al legislador francés de la ley de 31 de diciembre de 1.990 sobre las sociedades de ejercicio liberal. Sobre las mismas v. J.J.DAIGRE/D.LEPELTIER, *Société d'exercice libéral. Sociétés en participation de professions libérales*, Paris, 1.994.

<sup>315</sup> §1 Abs.3, 27 Abs. 1 *Wirtschaftsprüferordnung* (WPO), y § 32 Abs. 3, 49 Abs. 1 *Steuerberatungsgesetz* (StBerG).

<sup>316</sup>Dos son fundamentalmente los argumentos que la doctrina aduce a tal efecto. De un lado la consideración de que la prohibición de las mismas supondría una discriminación injustificada en relación con la admisibilidad de las *Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*, y *Steuerberatungsgesellschaften* bajo formas de capital. De otro, que en la nueva redacción de la normativa para los *Rechtsanwälte* y los *Patentanwälte* de 2.9.1.994, no existe ninguna prohibición general para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada por los mismos. (Así, E. SCHUMANN, "Die Befreiung der Rechtsanwaltschaft von orbigkeitlichen Scranken", *Neue JW*, 1.990, p.2089-2152; R.DONATH, "Rechtsberatungsgesellschaften", *Zeitschrift für Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1992, p.134-173; L.KOCH, "Pro Anwalts-GmbH", *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1.995, p.446; M.HENSSLER, "Neue Formen anwaltlicher Zusammenarbeit", *DB*, 1.995, pp. 1.549-1.556). En jurisprudencia destaca la importantísima decisión del BayObLG de noviembre de 1.994 (DB, 1.994, p. 2540;

más, existe actualmente un proyecto de ley sobre sociedades limitadas de abogados (*Rechtsanwalts-GmbH*)<sup>317</sup>. Con respecto a los arquitectos, el hecho de que no exista una norma que en el ámbito profesional (referido éste tanto al campo de las *Berufsgesetze*, como *Kammersatzungen* o *Berufsordnungen*) prohíba la posibilidad de que estos profesionales se acojan a formas de responsabilidad limitada, es considerado por la doctrina como dato suficiente para admitir la licitud de las *Architekten-Kapitalgesellschaften*<sup>318</sup>.

(c) En Italia, el artículo 8 del D.P.R., n.136/1975, regulador de las *società di revisione* consiente asimismo la utilización de todo tipo de sociedades para el desarrollo de esta actividad, incluidas las de capital, si bien condiciona su uso a ciertos requisitos sobre composición interna<sup>319</sup>.

---

también en ZIP, 1.994, p. 1.868) admitiendo una sociedad de responsabilidad limitada de abogados. En la sentencia el Tribunal plantea una revisión del tema de las sociedades profesionales de capital, a propósito de algunas resoluciones jurisprudenciales favorables a dicha posibilidad, y a raíz de las últimas reformas producidas en la regulación profesional de los abogados (*Bundesrechtsanwaltsordnung*, en adelante BRAO). (a) En este sentido y en relación a la jurisprudencia anterior se hace una referencia expresa a la decisión también favorable, de la sentencia del OLG Düsseldorf de 10.10.1991 al admitir una sociedad limitada de odontólogos (*Zahnheilkunde-GmbH*) (puede consultarse en *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1.992, pp. 178 ss); decisión que fue posteriormente confirmada por el Tribunal de Justicia Federal (*Bundesgerichtshof*, en adelante BGH) el 25.11.1.993 en relación a una sociedad de responsabilidad limitada de dentistas (*Zahnbehandlung-GmbH*) (Puede consultarse DB, 1.994, p. 468; id. ZIP 1994, pp. 381 ss). (b) En relación a la nueva regulación de la BRAO, el Tribunal confirma el hecho de que en la misma no existe prohibición alguna en relación a la posibilidad de constituir una sociedad de abogados bajo la forma de una GmbH. Así mismo hace referencia a la entrada en vigor en julio de 1.995 de la *Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften*, en la cual tampoco se contiene ninguna prohibición de las *Anwalts-GmbH*. Aún de forma más expresa, el Tribunal hace referencia al Proyecto gubernamental (*Regierungsentwurf*) de 11.11.93 que precedió a esta ley, en el que se establecía expresamente que los pertenecientes a las profesiones liberales pueden, junto a la *Partnerschaft*, constituir igualmente una *Kapitalgesellschaften*, especialmente para cuando necesiten fuertes medios de inversión. Todas estas circunstancias, así como la contemplación del derecho comparado en esta materia, en el que también se está produciendo una apertura de las formas de capital para el ejercicio de la profesión (en concreto el Tribunal hace una mención expresa al ordenamiento francés, holandés, danés e inglés), hacen inclinarse al tribunal a declarar la licitud de la *Anwalt-GmbH*, siempre que los correspondientes estatutos profesionales contengan las menciones necesarias para salvaguardar la independencia de los abogados.

<sup>317</sup>V. no obstante las críticas que el mismo está recibiendo en la doctrina, precisamente por las excesivas medidas -tales como la asunción obligatoria de todos los socios de la condición de administrador de la sociedad, la prohibición de participar a socios meramente capitalistas, la prohibición de constituir una sociedad interprofesional con participaciones equiparables entre abogados y el resto de profesionales, la obligatoriedad de que la sociedad suscriba un seguro de responsabilidad profesional, añadido al establecimiento de una responsabilidad personal de los profesionales, etc.- que se han adoptado en el mismo -probablemente sin justificación-, con la excusa de proteger el interés de los terceros contratantes y el propio ejercicio profesional. V. por todos, M.HENSSLER, "Der Gesetzentwurf zur Regelung der Rechtsanwalts-GmbH", en ZIP, 1.997, pp. 1481.

<sup>318</sup>Vid. la posibilidad y condiciones para la constitución de estas sociedades entre arquitectos en M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, pp. 124-127.

<sup>319</sup>Vid. M.RESCIGNO, *Società fra professionisti*, Milano 1985, p.110; Bussoletti, *Le società di revisione* Milano, 1.985.

(d) En el Reino Unido, el legislador, siguiendo la recomendación de la *Royal Commission on Legal Services*, autorizó en 1.985 a las *solicitors' firm* a incorporarse - es decir adoptar la forma de sociedad anónima- y ser sujetos de la *Company Act*. La disposición está vigente desde 1992<sup>320</sup>.

(e) En Estados Unidos existe una fuerte tendencia por parte de los profesionales a la adopción del tipo de la sociedad anónima, que recientemente ha sido canonizado por los distintos legisladores nacionales mediante la emanación de las correspondientes leyes sobre *Professional Service Corporations*<sup>321</sup>.

(f) En Bélgica, aunque en términos generales, están prohibidas las prácticas corporativas entre profesionales, existen sin embargo excepciones<sup>322</sup>.

(g) En Dinamarca, ha existido una larga discusión sobre la posibilidad de la asociación de los abogados en sociedades de capital, estableciéndose finalmente una serie de normas especiales para el caso de adopción de las mismas<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup>Tomamos la referencia de A.OGUS, "Regulation of the legal profession in England", en M.FAURE/J.FINSINGER/J.SIEGERS/R.VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of profession. A Law and Economics approach to the regulation of attorneys and physicians in the U.S., Belgium, the Netherlands, Germany and the U.K.*, Antwerpen, 1.993, pp. 307 ss, p.312-313.

<sup>321</sup>Si bien existen variaciones en las regulaciones de los distintos estados, pueden sin embargo destacarse dos condiciones generalmente impuestas para la admisibilidad de estas estructuras en relación con la actividad profesional: a) Que el profesional que preste sus servicios al cliente, sea personalmente responsable frente a éste último, por la actividad realizada. En este sentido, y hasta donde nosotros conocemos, ninguna de las legislaciones estatales que han admitido el recurso a las *Corporations* para este tipo de servicios, ha modificado la tradicional forma de responsabilidad de los profesionales. (Para una información más detallada a cerca de la regulación de la responsabilidad en estas *Corporations* v. *infra* § 27 ss. b) Que en todo caso, los socios esten habilitados para el ejercicio de la profesión, imponiendo que todos ellos sean "*duly licensed*". Vid. M.T.ARNOLD, "Professional corporations in Oklahoma" en *Tulsa Law Journal*, vol.17, 1981, pp.9 ss; Id., "Incorporation of professionals in Ohio: past, present and future" en *Akron Law Review*, vol.15, 1981, pp.200 ss.

<sup>322</sup>Así en *Antwerp*, la posibilidad de una práctica corporativa para los abogados ha sido regulada a partir del 30 de enero de 1989, donde se les permite adoptar estructuras mercantiles de responsabilidad limitada; no obstante esta posibilidad presenta a su vez numerosas reglas restrictivas. Por lo que respecta a los médicos, también se les permite esta posibilidad, si bien únicamente profesionales de la medicina pueden formar parte de las mismas. Vid. al respecto, M.G.FAURE, "Regulation of Attorneys in Belgium", pp.89 ss, p.97, y H.SWENNWN, "The Medical Profession in Belgium", pp. 125 ss, 144-145, ambos en el libro colectivo *Regulation of profession*, 1.993.

<sup>323</sup>Vid., al respecto, Ley n.º 403 v.13. Juni 1990, reproducida por K.WILLMER, "Rechtsanwalts-gesellschaft in Dänemark", *AnwBL*, 1.990, 457, en la cual se dispone que las aportaciones en esta sociedades deben ser realizadas sólo por sociedades de abogados o por abogados que presten su actividad en la sociedad. La administración debe ser únicamente llevada por abogados en activo. Se establece asimismo una responsabilidad solidaria de la sociedad con los abogados -ya sean empleados, socios, o administradores-, por las consecuencias perjudiciales de las actuaciones profesionales ante los clientes. Para una información general sobre Grecia, Finlandia, Noruega y Holanda, v. los datos recogidos en el informe de la OCDE, *Competition Policy and the Professions*, Paris, 1985, pp.70 y ss.

(h) En Australia, en cuatro estados federados (South Australia, Northern Territory, Victoria y New South Wales) se permite a los abogados la constitución de sociedades de capital para ejercer en común la profesión, si bien con determinadas limitaciones y modificaciones respecto al régimen general<sup>324</sup>.

#### **§ 14. Tendencia generalizada a liberalizar la estructura de negocios de los profesionales.**

Las consideraciones realizadas en los epígrafes precedentes justifican sobradamente la posibilidad de que las sociedades profesionales puedan constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes civiles y mercantiles<sup>325</sup>. Posibilidad que por lo demás ha ido consolidándose en la experiencia de nuestras propias organizaciones corporativas, que paulatinamente han ido liberalizando sus criterios más tradicionales.

a) Así, en el *plano estrictamente legal*, debe mencionarse la *Ley de Auditoría de Cuentas*<sup>326</sup>, que ofrece plena libertad en lo relativo al tipo social elegible por los auditores para desarrollar su ejercicio profesional en grupo. En la misma línea la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales aprobada recientemente por la Comisión General de Codificación, pone a disposición de los profesionales liberales de la totalidad de los tipos sociales que conoce nuestro ordenamiento.

---

<sup>324</sup>Rasgos comunes a todas ellas son el que tanto los socios como los dirigentes de la sociedad deberán ser abogados y ejercer en la sociedad, y por lo que respecta a la responsabilidad, la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios por los errores cometidos en la práctica profesional. Vid. M.GILL, "Professional Liability and Protection for Lawyers", *Australian Law Journal*, 1.987, vol.61,p.552; J.WANTRUP, "Solicitors' Incorporation", *Law Institute Journal*, 1.989, vol.63, p. 273.

<sup>325</sup>Coincidentemente GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.158.

<sup>326</sup>Ley, 19/1988, de 12 de julio. BOE, de 15-7-1988, n.169, pp.3261 ss.

b) En el *ámbito corporativo*, resulta especialmente revelador el *Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales*, que contempla la posibilidad de que los procuradores pertenecientes a un mismo Colegio se asocien para el ejercicio de la profesión "en la forma y condiciones que tengan por conveniente y dando cuenta de ello por escrito al Colegio" (art.37)<sup>327</sup>. En la misma línea el *Proyecto del Estatuto General de la Abogacía*, actualmente en curso de elaboración, establece como novedad más importante la admisión expresa de que los abogados puedan acogerse a cualquier tipo de sociedad mercantil para el ejercicio en común de su profesión<sup>328</sup>. Es igualmente destacable la *Resolución sobre el Ejercicio Profesional asociado y Registro de sociedades de Economistas*, adoptada por el Colegio de Economistas de Madrid, en la cual se establece la posibilidad del "ejercicio profesional en forma asociada, cualquiera que sea la forma jurídica de la entidad constituida", haciéndose especial referencia a los requisitos a seguir en el caso de que los economistas se acogan a Sociedades Anónimas<sup>329</sup>. En el mundo de la Arquitectura sobresalen las *Normes refoses sobre associacions entre arquitectes* adoptadas por la *Junta de Govern* del Colegio de Arquitectos de Cataluña el día 22 de diciembre de 1.987, a través de las cuales se reconoce la admisibilidad de sociedades de arquitectos "bajo qualsevol forma

---

<sup>327</sup>El artículo 37 párrafo segundo del texto indicado establece que la exteriorización de la agrupación deberá hacerse mediante la constancia en las comunicaciones profesionales, cartas o placas, de los nombres, apellidos y profesión de los mismos.

<sup>328</sup>Tomamos la referencia del libro colectivo *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, pp. 63 ss, esp.p.67.

<sup>329</sup>Vid. la reproducción del texto de la Resolución en *Economistas*, n.22, 1.986-1.987, p.49; para un comentario sobre la misma v. J.FOLGUERA CRESPO, "Sociedades profesionales de economistas", *Economistas*, n.23, 1.986-1.987, pp. 177-178.

d'Associació o societat reconeguda per l'ordenament Juridic (Civil, Anònima, Limitada, Cooperativa, etc)"<sup>330</sup>.

c) Asimismo este es el criterio patrocinado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales*, cuando afirma que "en cuanto a la estructura del negocio no debe haber ninguna limitación (...). Las limitaciones vigentes para algunas profesiones son manifiestamente dañinas para los propios intereses de los colegiados, en un entorno de economía e integración europea. Son simplemente arcaicas"<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup>El contenido de esta normativa es reproducido por DEL POZO, *Nuevo registro*, 1.990, pp. 155 ss, la cual por lo demás resulta particularmente significativa por hacer caso omiso del artículo 5 del Reglamento Deontológico de los arquitectos al que ya se ha tenido ocasión de hacer referencia.

<sup>331</sup>Madrid, junio, 1.992, p. 33 y 57. Fruto de esa propuesta fue la aprobación por parte del Gobierno del *Proyecto de Ley de las normas reguladoras de los Colegios Profesionales* de 1992 que siguiendo las recomendaciones del informe citado añadía al actual artículo 3 de la Ley 74/1978, de 26 de diciembre de Colegios Profesionales, un apartado con el número 4: "*Los profesionales podrán asociarse libremente para el ejercicio de su actividad siempre que respeten los límites de la Ley 16/1989, de 17 de julio (Ley de Defensa de la Competencia). Las sociedades profesionales deberán establecer de modo claro y preciso en sus Estatutos, a quién se imputa responsabilidad profesional*" (El Proyecto habilitaba así con carácter general el ejercicio profesional en sociedad, dejando sin embargo erróneamente a nuestro juicio la cuestión de la responsabilidad en manos de las partes). El Proyecto no llegó a ver la luz; se retiró y tuvo lugar la aparición de un segundo Proyecto en 1995, algo más desarrollado que el anterior. En el tema que nos ocupa el artículo 3.5 establecía que: "*Los profesionales podrán asociarse para el ejercicio en común de sus profesionales bajo cualquiera de las formas lícitas en derecho sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional y del cumplimiento por el mismo de sus obligaciones colegiales*". Tampoco este Proyecto acabó su devenir en Ley. Ha sido el R.D.L. 5/1996, de 7 de junio, de *Medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales*, quien ha logrado ver la luz. A éste le ha sucedido la Ley 7/1997, de 14 de abril del mismo nombre, algo más desarrollada que el anterior. Sin embargo en la cuestión que ahora interesa, ambas disposiciones guardan absoluto silencio sobre el tema del ejercicio colectivo profesional. Así las cosas después de cinco años, en esta materia "todo está como estaba". A.F.DELGADO GONZALEZ, *Las sociedades profesionales*, pp. 168-169.

## CAPITULO CUARTO.

### **RACIONALIDAD ECONOMICA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.**

#### **§ 15. Planteamiento.**

1. Despejadas las graves incertidumbres que han venido acumulándose en torno a la licitud o regularidad de la sociedad profesional, y a la posibilidad de que los profesionales puedan acogerse a cualquiera de los tipos legales previstos por el legislador, nuestros esfuerzos se dirigen ahora a examinar la racionalidad económica de estas sociedades. Siguiendo con el planteamiento precedente la labor que ahora nos ocupa ha de llevarse a cabo en dos tiempos. En primer lugar, examinaremos las razones que, bajo la presión de la eficiencia, pueden llevar a los profesionales al ejercicio colectivo de su profesión bajo una estructura societaria, esto es, a justificar en términos generales la racionalidad económica de la sociedad profesional en sentido estricto. Para ello contemplaremos a estas sociedades desde un doble plano: desde el plano de las economías de producción (§16) y desde el plano de las economías de contratación (§17). Tendremos ocasión de comprobar las enormes ventajas o economías que las sociedades profesionales ofrecen y, sobre todo, que tales ventajas se aprovechan no sólo los profesionales que deciden constituir las, sino también los clientes que contratan con las mismas, lo que, sin duda, aumenta la legitimidad social de la sociedad profesional y su utilidad para aumentar el bienestar de la comunidad en su conjunto.

En segundo término, examinaremos cómo la ilimitación o limitación de responsabilidad societaria afecta a la eficiencia de la sociedad profesional. En este sentido comprobaremos cómo tanto la responsabilidad ilimitada de los

socios por las deudas sociales -típica de las sociedades de personas- como la responsabilidad limitada -típica de las sociedades de capital- permiten a los particulares la obtención de ventajas específicas en términos de eficiencia, por lo que, también desde este punto de vista, la política legislativa idónea pasa -como ya adelantamos en el capítulo anterior- por admitir la libre elección de tipos, y no por tratar de encajar a los profesionales en un modelo preestablecido (v. *infra* §18).

## **§ 16. Economías de producción como explicación a la racionalidad económica de las sociedades profesionales.**

1. La agrupación de varias personas que realizan una misma actividad o actividades complementarias permiten a éstas obtener un conjunto de ventajas o "economías" que las colocan en una mejor posición competitiva frente a quienes actúan de modo individual<sup>332</sup>, ventajas que calificamos como economías de producción. Estas ventajas son de sobra conocidas en el ámbito de la economía industrial y se reflejan de modo patente también en el ámbito de los servicios profesionales. Pueden sintetizarse en tres ventajas fundamentales: la derivadas de la especialización u división de trabajo (*infra*

---

<sup>332</sup>Siendo así, no puede negarse tampoco la importante evolución que ha experimentado el ejercicio individual de la profesión, que trata asimismo de obtener las ventajas que se adquieren fundamentalmente con la agrupación. En este sentido la realidad muestra -en el campo individual- una importante *tendencia a la empresarialización profesional*, mediante la utilización de organizaciones complejas. En efecto, frente al tradicional ejercicio individual, cuyo único o fundamental *input* era el capital humano del profesional, la realidad empírica se encarga de mostrarnos cómo -bajo la presión de la eficiencia- la creciente importancia que el factor organizativo está adquiriendo en la prestación de servicios profesionales, está provocando en última instancia, que la forma de prestar esta actividad *se asemeje más a las organizaciones empresariales típicas*, que a las de quienes obtienen sus rendimientos mediante la pura y simple prestación de su trabajo individual. En este proceso evolutivo no es de extrañar que la doctrina francesa haya elaborado una nueva locución "*fonds libéral*", para distinguir el complejo organizativo destinado al ejercicio de una actividad civil, de su correspondiente mercantil (*fonds de commerce*). V. A.LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, p.163. Sobre la importancia del factor organizativo en el ámbito profesional vid. de nuevo *supra* ' 12.II.



a), las economías de escala (*infra b*) y las economías de producción conjunta (*infra c*).

a) Como es sabido, la *especialización de actividades* la principal fuente del desarrollo económico. La actividad profesional no ha quedado al margen de esta evolución. En efecto, el desarrollo técnico y científico que han experimentado todas las áreas cognoscitivas ha generado no sólo la aparición de nuevas especialidades en el marco de las profesiones liberales clásicas - especialmente palpable en el campo de la medicina con especialidades como la de radiología, anestesista, etc-, sino incluso la aparición de profesiones liberales que ni siquiera existían hace unas décadas -por. ej. auditoría-<sup>333</sup>. Esta evolución en el ámbito profesional está provocando una sustitución paulatina del profesional individual -el cual tiene cada vez mayores dificultades para poder ocuparse de modo solvente de asuntos pertenecientes a ramas profesionales diversas- por una nueva y variada generación de especialistas<sup>334</sup>.

Pues bien, la razón fundamental que lleva a los profesionales -como a cualquier otro operador del mercado- a agruparse, es *lograr la obtención de las ganancias derivadas de la especialización y la división del trabajo*. En efecto, la división de trabajo genera de un lado, un *aumento de la capacidad de producción del grupo, en relación con la que obtendrían individualmente*

---

<sup>333</sup>Sobre el grado de evolución de las distintas profesiones, vid., LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, pp.7 y 8; A. LANZA, "Società fra professionisti per l'esercizio impersonale dell'attività intellettuale (verso la modificazione dell'art.2232 c.c.)", *Riv.soc.*, 1971, p.558.

<sup>334</sup>Las referencias constantes a la especialización como tendencia imparable en el campo profesional, constituyen un lugar común en la literatura que se ha ocupado de los profesionales liberales. Vid. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, p.9; Q.JOHNSTONE/JR.D.HOPSON, *Lawyers and their work. An analysis of the legal profession in the United States and England*, 1.967 capítulo IV, "Specialization and standarization", p.131 a 163; M.LACH, *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit*, pp.129-132; A.ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Madrid, 1982, pp.27-30; M.YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad del profesional liberal*, p.154.

(lo que en la terminología económica suele designarse como *sinergias*: el valor del conjunto es superior a la suma individualizada de los distintos factores de producción). Las razones de este incremento del volumen de producción total han sido explicadas por la economía clásica: la división de trabajo perfecciona la habilidad de sus miembros y produce un ahorro de su tiempo al no tener que cambiar de tarea<sup>335</sup>. De otro lado, siempre que se compartan ganancias y pérdidas entre los miembros del equipo, la agrupación logra una *diversificación de riesgos* que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante ( v. *infra* ? 17,II), reduce el coste de soportarlos.

b) Además, la agrupación de profesionales permite a éstos obtener *economías de escala* que, como es sabido consisten en la disminución del coste medio de un producto o servicio como consecuencia del aumento del volumen de unidades producidas<sup>336</sup>. La razón de éstas se encuentra en que los costes de muchos de los activos fijos necesarios para el ejercicio de la profesión no varían -o varían muy poco- con el nivel de producción. De ahí que cuanto más aumenta la producción con un sólo activo fijo, más bajo sea el coste medio de cada uno de los bienes o servicios producidos. Es evidente por

---

<sup>335</sup>La descripción de ADAM SMITH sigue estando insuperada: "La división de trabajo, cuando resulta posible, produce en cualquier oficio un incremento considerable de la capacidad de producción (...). Este fuerte incremento en la cantidad de trabajo que, como consecuencia de la división del mismo, puede ser realizado por diversas personas se debe a tres circunstancias distintas: 1<sup>ª</sup> al incremento de pericia de cada uno de los obreros. [En efecto,] el incremento de pericia del trabajador aumenta necesariamente la cantidad de trabajo que es capaz de realizar. [En 2<sup>ª</sup> lugar]: al ahorro de tiempo que se pierde al cambiar de tarea. Resulta imposible pasar rápidamente de u trabajo a otro. [En 3<sup>ª</sup> lugar], todos deben comprender que la maquinaria adecuada facilita y abrevia en gran medida el trabajo (...). La invención de todas esas máquinas que facilitan y abrevian el trabajo parece tener su origen en la división del trabajo." A.SMITH, "La riqueza de las Naciones", cap.1, de *La naturaleza económica de la empresa*, p.49.

<sup>336</sup>V. por todos, D.W.CARLTON/J.M.PERLOF, *Modern Industrial Organization*, 20ed., 1994, p.58. Para una primera aproximación a las economías de escala en el ámbito de la agrupación profesional, vid. LACH, *Formen Freiberuflicher zusammenarbeit*, pp.132-135; en el campo de las *law firms*, S.S.SAMUELSON/L.FAHEY, "Strategic planning for law firms: the application of management theory", en *University of Pittsburgh law review*, vol.52, 1991, p. 461.

ejemplo que si se utiliza un mismo de aparato de rayos X, resulta más barata cada radiografía si se hacen cien que si sólo se hacen cinco.

En el caso de los profesionales, estas economías se logran, en buena medida, porque la agrupación de varios de ellos les permite *optimizar la utilización de los activos fijos* de carácter físico empleados para la prestación de sus servicios. Cuando la utilización de capital físico en el ámbito de las actividades profesionales presentaba un carácter marginal, las economías de escala que podían derivarse del aumento del tamaño de la "empresa profesional", a través de la agrupación de varios profesionales, eran escasas. En la actualidad, sin embargo, el progreso científico y técnico ha aumentado el volumen de capital físico (maquinaria, instrumental, ordenadores, salas de espera, biblioteca, archivo de experiencias, etc) y medios auxiliares de carácter personal (enfermeras, secretarias, contables, documentalistas, etc.) necesarios para el ejercicio de cualquier actividad profesional. En algunas de ellas el fenómeno ha adquirido proporciones extraordinarias hasta el punto de que la maquinaria ha dejado de tener un carácter meramente auxiliar para convertir al profesional en un técnico cualificado en el manejo de dicho capital físico. Ejemplos espectaculares de esta evolución se encuentran en algunas especialidades médicas como los análisis químicos. En estos casos la agrupación de varios profesionales les permite optimizar el empleo de estos medios materiales. En efecto, el capital humano de un profesional individual presenta unos límites muy bajos en su capacidad para generar un volumen de trabajo que permita utilizar dichos medios materiales o personales auxiliares a pleno rendimiento. De ahí que la explotación de los mismos sólo pueda optimizarse -obteniéndose así mayores economías de escala- si son compartidos por varios profesionales.

La utilización conjunta permite además, una más rápida amortización de los medios técnicos, lo que ante la rápida obsolescencia de este tipo de bienes, garantiza una constante adecuación de la actividad al progreso de la técnica a un coste inferior *ceteris paribus* al que tendría que afrontar un profesional individual.

Por otro lado, desde el punto de vista de los *costes de la especialización*, el aumento de la capacidad de producción del grupo genera también economías de escala en cuanto la agrupación de profesionales permite *alcanzar una escala mínima* de producción de servicios especializados. En efecto, el coste fijo que supone el aprendizaje de una materia concreta (v. derecho de divorcios, testamentario, endodoncias, etc.) puede así distribuirse entre un mayor número de casos: todos aquellos de la misma especialidad que puedan conseguir el conjunto de miembros del equipo. De esta forma se hace rentable la inversión en una especialización concreta, que en el caso de ejercicio individual no lo sería, al tener distribuir la totalidad del coste fijo de su aprendizaje únicamente entre el número de casos -previsiblemente menor- que el profesional obtuviera a título particular, provocando con ello un aumento del precio de sus servicios que probablemente lo situarían fuera de mercado<sup>337</sup>.

c) Las economías de producción conjunta, -también llamadas economías de gama-, consisten en una disminución del coste de producir conjuntamente un número de servicios o productos diferentes<sup>338</sup>. La obtención

---

<sup>337</sup>Haciendo una especial referencia a este aspecto de las economías de escala en las *law firm* vid. CARLTON/PERLOF, *Modern Industrial Organization*, p.58.

<sup>338</sup>Sobre la materia v. BAILEY/FRIEDLANDER, "Market Structure and Multiproduct Industries", *J.Econ.Literature*, 1.982, vol. 20, pp. 1.024 ss; D.TEECE, "Economies of Scope and the scope of the Enterprise", *J.Econ.Behav. & Organization*, 1.980, vol.3, pp. 223 ss; del mismo autor, "Towards an Economic Theory of the Multiproduct Firm", *J.Econ.Behav. & Organization*, 1.982, vol.3, pp. 39 ss (de este último trabajo hay versión castellana en el libro de L.PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 311 ss.

de las mismas en una agrupación de profesionales se manifiesta principalmente cuando los clientes necesitan los servicios de más de un especialista<sup>339</sup>. En efecto, una vez que un profesional del grupo se ha familiarizado con las operaciones y circunstancias de un cliente, cualquier miembro cualificado del complejo organizativo puede proveer de otros servicios profesionales que requieran la misma información, más rápidamente y a un menor coste, respecto de un competidor que tuvieran que incurrir de nuevo, en los costes de la adquisición de la información. El bien o input común -la información-, es utilizado así para producir diferentes servicios profesionales a una misma persona. Como puede imaginarse estas economías se hacen especialmente patentes cuando la información acerca del cliente es costosa de adquirir.

2. Sin negar que este conjunto de ventajas colocan en una mejor posición competitiva a quienes ejercen en grupo su profesión frente a quienes actúan de modo individual, una cosa ha de quedar clara. Estas economías se manifiestan -si bien en grado diferente- en la mayoría de estructuras organizativas utilizadas por los profesionales, esto es, no constituyen ventajas exclusivas de las sociedades profesionales en sentido estricto. En efecto, la especialización y división del trabajo sólo es posible cuando varios profesionales se agrupan, pero se logran a través de diversas formas organizativas (por ejemplo, a través de una sociedad de ganancias); la obtención de economías de escala es posible constituyendo, por ejemplo, una sociedad de medios toda vez que también estas sociedades permiten optimizar

---

<sup>339</sup>Para una aplicación práctica de estas economías en las *law firms* v. R. GILSON/MNOOKIN, "Sharing among the human capitalists: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stand. L. R.*, 1985, vol.37, p.313 a 397; S.S.SAMUELSON, "The organizational structure of law firms: lessons from management theory", en *Ohio State Law Journal*, 1990, vol.51, pp. 647-648.

la utilización conjunta de los activos físicos empleados para la prestación de los servicios profesionales, con el consiguiente ahorro de costes que, *ceteris paribus*, correspondería en otro caso, a cada profesional individualmente; lo mismo debe afirmarse en el caso de las economías de producción conjunta que se obtienen al producir colectivamente un número de servicios o productos diferentes. Así, en la industria de la construcción (compleja por antonomasia), estas economías se obtienen igualmente recurriendo a la fórmula del contrato y no a la de la sociedad<sup>340</sup>.

3. La conclusión parece evidente. Las economías de producción no justifican *per se* la aparición de sociedades profesionales en sentido estricto sino, únicamente, el recurso a la agrupación de profesionales para el ejercicio de las profesionales liberales, o en general la utilización de fórmulas contractuales para obtener los servicios auxiliares a la actividad profesional (por ejemplo a través de contratos de franquicia). Las sociedades profesionales en sentido estricto responden, en realidad, a razones distintas y específicas: la posibilidad que ofrecen a los profesionales para obtener lo que en la literatura económica se conoce como *economías de contratación*.

## **§ 17. Economías de contratación como explicación a la racionalidad económica de las sociedades profesionales.**

Las economías de contratación que pueden obtenerse gracias a la constitución de una sociedad profesional se manifiestan, en primer lugar,

---

<sup>340</sup>En efecto, es normalmente el contratista quien contrata a las distintas personas que van a realizar la obra no constituyendo generalmente entre ellos una sociedad. Sobre este tema, vid., ampliamente ECCLES, "The Quasifirm in the Construction Industry", *J.Econ.Behav. & Organization*, 1981, vol.2, pp. 335, en el que se discute las ventajas de una organización *ad hoc* en la industria de la construcción.

frente a los terceros: las sociedades profesionales permiten reducir sustancialmente los llamados costes de agencia en las relaciones con los clientes (v. *infra* I). En segundo lugar, la constitución de una sociedad profesional permite a los profesionales reducir los costes derivados de la aversión al riesgo (v. *infra* II).

## I. LA SOCIEDAD PROFESIONAL COMO MECANISMO IDONEO PARA REDUCIR LOS COSTES DE AGENCIA EN LAS RELACIONES CON LOS CLIENTES.

1. La sociedad profesional permite reducir notablemente los costes de agencia que pesan típicamente sobre la relación entre el profesional y su cliente. Como es sabido, y en términos muy simples, los costes de agencia aparecen siempre que un sujeto gestiona intereses de otro y pueden definirse como los costes derivados de la divergencia de intereses entre quien gestiona los recursos -el agente- y quien los suministra -el principal-. Es evidente que la relación entre profesional y cliente responde a esta estructura. De una forma u otra, el abogado o el médico se ocupan de la gestión de intereses de su mandante de forma tal que, con su comportamiento, afectan a la esfera jurídica (patrimonial y personal) del principal. "Los costes de agencia son pues, los costes en los que ha de incurrirse para evitar las conductas oportunistas de los agentes que controlan y gestionan los recursos, es decir, aquellas conductas mediante las cuales los agentes tratan de maximizar su utilidad a costa del principal que aporta los recursos. En otros términos: los costes de agencia son las inversiones que han de hacerse para asegurar que los

agentes se ajustan en su conducta contractual a los intereses de sus principales"<sup>341</sup>.

2. En las relaciones profesionales los costes de agencia entre el cliente y el profesional que le presta sus servicios son especialmente elevados como consecuencia de las *asimetrías informativas* que caracterizan este tipo de relación (v.*infra* 1). La disparidad de información entre quien presta el servicio y quien lo recibe explica el recurso a una serie de mecanismos - dentro y fuera del mercado- cuyo sentido es precisamente minimizar los costes descritos proporcionado a la parte desinformada (esto es, al cliente), la información y la garantía de calidad de los servicios prestados por los profesionales con los que se relaciona (v. *infra* 2). Como tendremos ocasión de comprobar -y frente a otras modalidades del ejercicio de la profesión-, las sociedades profesionales se configuran como recurso idóneo para reducir esos costes de agencia derivados de las asimetrías de información (v. *infra* 3).

### 1. *Asimetrías informativas y "mercado de limones"*.

1. Como es sabido, en la relación profesional, el cliente tiene gran dificultad para evaluar la calidad del servicio profesional que recibe. Los problemas de información se producen, tanto porque se trata normalmente de servicios que no se adquieren regularmente, como, -y esta es, a nuestro juicio, la razón principal-, porque la calidad de los mismos únicamente podría evaluarse en sus justos términos con la ayuda de algún (otro) experto en el

---

<sup>341</sup>Para una primera aproximación a los costes de agencia vid. entre nosotros, PAZ-ARES, "La Infracapitalización. Una aproximación contractual", RdS, n.º. extr. de 1.994, pp. 253 ss. En la doctrina americana vid. por todos, M.JENSEN/W.MECKLING, "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency



servicio requerido, es decir, recabando "una segunda opinión", lo que indudablemente aumentaría enormemente el coste total del servicio. La relevancia de esta disparidad o asimetría informativa es tanto más grande cuanto más especializada y profesionalizada es una profesión y cuanto mayor sea la inseguridad cualitativa del destinatario de la prestación<sup>342</sup>.

Lo más grave es que la dificultad del cliente a la hora de calibrar exactamente la calidad del servicio profesional opera no ya en el momento de contratar los servicios profesionales (esto es, *ex ante*), sino que subsiste, en la mayoría de las ocasiones, *ex post*, esto es, después de haber recibido el servicio. Así, por ejemplo, resulta evidente que el demandante en un juicio que se ha perdido puede no ser capaz de determinar si la pérdida del mismo se ha debido a que realmente era una causa perdida o si, por el contrario, ha sido la consecuencia de una actuación incompetente por parte de su abogado<sup>343</sup>. El cliente, que no es un experto en Derecho, carece de la información necesaria para determinar cuál ha sido el motivo de que el pleito se haya perdido y la única posibilidad de obtener información objetiva al respecto pasaría por la consulta a un segundo abogado, con los consiguientes costes añadidos. De ahí que a los servicios profesionales suelen catalogarse como bienes de confianza o crédito (*credence o confidence good*)<sup>344</sup>. Esta disparidad informativa explica

---

Costs. and Ownership Structure", en *The J.Fin.Econ.*, 1.976, vol. 3, pp. 305-360; también en *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 261 ss.

<sup>342</sup> Así, H.B.SSCHÄFER/C.OTT, *Manual de análisis económico de Derecho civil*, Madrid, 1.986, p.318.

<sup>343</sup> Así lo pone de manifiesto en relación a los servicios legales, R.BOWLES/G.SKOGH, "Reputation, monitoring and the organisation of the law firm", en *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, pp. 33 ss.35; R.C.O.MATTHEWS, "The economics of professional ethics: should the professions be more like business?", *The economic journal*, 101 (Julio 1.991), p.739; en relación a los notarios vid. también el reflejo de esta situación en PAZ-ARES, *El sistema notarial* p. 67.

<sup>344</sup> La categoría de los "bienes de confianza o crédito" (*credence goods*) fue introducida por M.CARBY/E.KARNI, "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud", *J.Law & Econ.*, 1.973, vol.16, pp.67 ss. Sobre los mismos vid. también E.R.JORDAN/P.H.RUBIN, "An Economic Analysis of the Law of False Advertising", en *J.Legal Stud.*, 1.979, vol.8, pp. 527, ss. esp. 530-531. Previa a esta noción NELSON introdujo la categoría de los "bienes de experiencia" para contraponerla a los llamados "bienes de búsqueda",

la especial situación de dependencia en la que se encuentra el cliente respecto del profesional y que se expresa gráficamente, en la conciencia social cuando se señala que los particulares "se ponen en manos" de los profesionales cuando les encargan la gestión de sus intereses<sup>345</sup>.

2. La existencia de asimetrías informativas en este ámbito puede acabar provocando un defecto de funcionamiento en el mercado, en el que finalmente sólo subsistan servicios profesionales de calidad ínfima. En efecto, dada la dificultad para evaluar la calidad del servicio prestado, la elección de un profesional u otro por el cliente se realizará en consecuencia, no en función de la calidad, sino en torno al precio, única variable visible, convirtiéndose el mismo en el elemento sobre el que el resto de profesionales se verán obligados a competir si quieren mantenerse en el mercado. En otros términos, si los clientes no son capaces de percibir la diferencia de calidad entre los servicios prestados por uno u otro profesional, carecen de incentivos para pagar un precio distinto (más elevado) por los servicios del profesional de más calidad, es decir, concebirán ambos servicios como si fueran -no dos productos distintos- sino un producto idéntico y, consiguientemente, por el que debe pagarse un mismo precio.

De ahí que aquellos profesionales que ofrezcan una calidad superior a la que se corresponde con el precio de mercado -y que consiguientemente

---

desarrollando una teoría de los consumidores sobre la búsqueda de información acerca de la calidad de los productos. Mientras que los bienes de la primera categoría se caracterizan porque su calidad puede ser evaluada una vez que dicho bien se haya adquirido por el consumidor; así por ejemplo la calidad de una comida sólo puede ser juzgada una vez se haya consumido, en los segundos su calidad, por poder percibirse antes de su adquisición puede ser evaluada de antemano; piénsese en cualquier prenda de vestir, cuyo tamaño, colorido, material, diseño, etc, se buscan y comprueban antes de comprarlos. P.NELSON, "Information and Consumer Behavior", *Journal of Political Economic*, 1.970, vol.78, n1.2, p.311-329.

<sup>345</sup> Así, H.JARASS, "Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit", NJW, 1.982, p.1.837.

hayan incurrido en mayores costes en tiempo y atención a cada caso, inversión en capital humano, gastos, etc.- se encuentren ante una tesitura extremadamente incómoda: o verse expulsados del mercado porque el precio de mercado no retribuye sus costes (superiores a los de sus colegas que no proporcionan servicios de igual calidad), o verse obligados a reducir la calidad de sus servicios, a fin de reducir sus costes y poder ofrecer ese precio del mercado. Las dos opciones dan lugar a resultados perniciosos. La expulsión del mercado de los profesionales que ofrecen una calidad superior a la media, supondría la *reducción de servicios profesionales en el mercado*; reducción que no sólo habría de considerarse en su *aspecto cuantitativo*, esto es el número de servicios ofertados, sino lo que es más importante, en su *vertiente cualitativa*, que con la expulsión de los profesionales que ofrecen mayor calidad, provocaría el que únicamente permanecieran los profesionales de menor calidad. La segunda no ofrece un panorama más halagüeño: la reducción de calidad por parte de los profesionales aludidos determinará a su vez una nueva rebaja de la calidad media de los servicios que reciben los clientes, implicando consecuentemente una nueva bajada de precios, llegándose en un caso extremo a lo que se conoce como un "*mercado de limones*", caracterizado por propiciar una forma de competencia destructiva, a base de bajar los precios reduciendo y deteriorando la calidad de los servicios<sup>346</sup>. La razón es fácil de entender: los productores de alta calidad

---

<sup>346</sup>El estudio del mercado de limones -si bien no aplicado a los profesionales- se debe en sus comienzos a G.A.AKERLOF "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", en *Quarterly journal of economics*, vol.84, 1.970, p.488, trad.esp. "El mercado de limones: incertidumbre en la calidad y el mecanismo de mercado", ICE, 1.987, vol.36, pp. 37 ss. La adaptación de esta teoría a los profesionales realizada por H.E.LELAND, "Quacks, Lemons, and Licensing: a theory of Minimum quality Standars", *Journal of Political Economic*, 1979, vol.87, n.6, p.1328-1345. En relación con los médicos vid. el estudio del problema en J.K.ARROW, "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", *Am. Ec. Rev.*, 53 (1963) p.941 y ss, traducido por A.CARBAJO/E.CALVET, "La incertidumbre y el análisis del bienestar de las prestaciones médicas", en ICE, 1.981, n.574, pp. 47 ss. En relación con los notarios vid. PAZ-ARES, *El sistema notarial*, pp. 67 ss. El tema, en el ámbito de la abogacía, es tratado por J.ALFARO, " Competencia desleal por infracción de normas", RDM, 1.991, n 202, pp. 718-719.

deben compartir sus rendimientos, derivados de un precio más elevado con los demás productores; no hay por tanto incentivos para producir calidad puesto que otros se apropian de nuestros esfuerzos<sup>347</sup>.

## 2. *Mecanismos para reducir las asimetrías informativas: los mecanismos regulatorios.*

1. Si las asimetrías informativas descritas son las responsables de efectos tan perniciosos y el mercado de servicios profesionales no ha colapsado, no es extraño comprobar la existencia de diferentes mecanismos cuyo objetivo es precisamente el de minimizar los costes de agencia derivados de estas relaciones. Mecanismos que, en algunos casos, vienen proporcionados por el Estado, esto es, mecanismos jurídicos en sentido estricto a los que llamaremos *mecanismos regulatorios* (de los que nos ocuparemos de inmediato) y, en otras ocasiones, han sido desarrollados por el mercado, o en términos jurídicos, por la autonomía privada, a los que por oposición, denominaremos *mecanismos no regulatorios* (v. *infra* 3)<sup>348</sup>. Como

---

<sup>347</sup> En este sentido se ha afirmado que "There are many markets in which buyers use some market statistic to judge the quality of prospective purchases. In this case there is incentive for sellers to market poor-quality merchandise, since the returns for good quality accrue to the entire group whose statistic is affected rather than to the individual seller. As a result there tends to be a reduction on the average quality of goods and also in the size of the market": G.A. AKERLOF "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", en *Quarterly journal of economics*, vol.84, 1.970, p.488. También fuera del ámbito estrictamente profesional, el mejor ejemplo de este fenómeno asociado a la selección adversa nos lo proporcionan los restaurantes situados en los centros turísticos de las grandes ciudades. En efecto, piénsese por ejemplo en los múltiples restaurantes que rodean la Tour Eiffel de París. Cuando los turistas que acuden a visitar el monumento tienen que decidir un lugar para comer, únicamente pueden contar con los precios anunciados por tableros en el exterior de cada restaurante como punto de referencia para su selección. No pueden conocer la calidad puesto que es un lugar al que normalmente sólo acuden una vez en su vida de visita. Así las cosas, parece lógico que ante la imposibilidad de seleccionar el restaurante por su calidad, su decisión se centre en la única variable perceptible: los precios, los cuales se convierten así en el principal elemento de los propietarios de hostelería para atraer de la clientela.

<sup>348</sup> Para una primera aproximación a los mecanismos de reducción de los costes de transacción vid. entre nosotros, J. ALAFARO, "Los costes de transacción", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez I.*, 1.996 pp. 131 ss. El autor denomina como *mecanismos formales* a los que nosotros hemos dado en

puede suponerse, la finalidad primordial de todos ellos consiste en proporcionar información a los potenciales clientes sobre la calidad de los servicios profesionales<sup>349</sup>.

Dentro de las *intervenciones regulatorias* podemos distinguir fundamentalmente dos mecanismos jurídicos que ayudan a paliar las asimetrías informativas descritas: la exigencia de un título profesional para el ejercicio de las actividades que nos ocupan (*licensing*); y la colegiación de los profesionales que, al tener su origen en las corporaciones de carácter público que los agrupan incluimos también en este apartado. La *ratio* de la titulación y de la colegiación consiste en asegurar una calidad mínima de los servicios profesionales (*v.infra* 2). Junto a ellas, el sometimiento de todos los colegiados a las reglas de ética y deontología profesional que forman parte habitual de la autorregulación profesional garantizan un mínimo de "honradez" en la prestación de los servicios, problema contractual que no es específico de los servicios profesionales, pero que, en un marco de graves asimetrías informativas, se manifiesta con especial crudeza (*v.infra* 3).

2. La exigencia de un título para el ejercicio de una profesión, implica que sólo pueden llevar a cabo esa actividad, las personas que hayan obtenido oficialmente este título habilitante. El título constituye pues, una barrera de entrada para el libre ejercicio de esa actividad. La justificación de esta exigencia se ha hecho descansar tradicionalmente en la protección del interés

---

llamar regulatorios, reservando la denominación de *mecanismos informales* a los que nosotros hemos llamado no regulatorios (p.145).

<sup>349</sup>Particularmente interesante resulta el artículo de S.N.WIGGINS/W.J.LANE, "Quality Uncertainty, Search, and Advertising", *Am.Econ.Rev.*, 1983, vol.73, pp.881 ss. en el cual se resalta la importancia de la aversión al riesgo de los consumidores, reflejada en la determinación de su comportamiento mediante la búsqueda y adquisición de directa e indirecta información con el objeto de reducir su incertidumbre en cuanto a la calidad del servicio que requiere. En este sentido vid. también Y. BARZEL, "Measurement Cost and the Organization of Markets", *J.L. & Econ.*, 1982, vol.25, pp. 27 ss.

público<sup>350</sup>. Así, suele afirmarse que aunque las profesiones se ejercitan en un marco de libertad, cuando se trata de profesiones o actividades que por razón del interés público apreciado, deben ser ejercitadas necesariamente al amparo de un título, la autonomía de la libertad debe ceder ante la intervención legal reguladora del ejercicio<sup>351</sup>.

La exposición que se ha hecho hasta aquí permite concretar adecuadamente en qué consiste este interés público. La exigencia de un título para el ejercicio profesional garantiza que los servicios profesionales serán prestados por personas que, al menos, han recibido una formación específica. Con ello se asegura un mínimo de conocimientos por parte de los sujetos que prestan el servicio. El título funciona, de esta forma, de modo semejante a una regulación que impusiera requisitos mínimos de calidad de un producto: impidiendo la distribución en el mercado de productos que -por lo menos- no satisfagan tales exigencias<sup>352</sup>. En función de las tradiciones históricas, a la titulación se añade, como instrumento de garantía de una calidad mínima, la colegiación obligatoria de los profesionales. Ahora bien, mientras las reglas para la obtención del título habilitante vienen impuestas por el Estado, la regulación de la *entrada y ejercicio* de la profesión viene dictada por cada uno de los cuerpos profesionales, representados a través de los correspondientes

---

<sup>350</sup> Así el Tribunal Constitucional en su sentencia 48/1986, afirmaba que: "*Compete al legislador, atendiendo a las exigencias de interés público y a los datos producidos por la vida social, considerar cuando existe una profesión, cuando esta profesión debe dejar de ser libre para pasar a ser una profesión titulada (...); por ello, dentro de las coordenadas que se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que el ejercicio de una profesión titulada debe inspirarse en el criterio del interés público y tener como límite el respeto del contenido esencial de la libertad profesional*".

<sup>351</sup> En este sentido vid. también, SOUVIRON MORENILLA, *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, Madrid, 1.988, p. 51; J. MOORE, "The purpose of licensing", en *J. Law & Econ.*, vol.4, 1961, p. 93.

<sup>352</sup> Conviene subrayar no obstante, que la apreciación del interés público que subyace en el ejercicio de cada profesión ha ido alterándose con el tiempo, ya que cada día más el legislador tiende a extender la reserva de

Colegios profesionales<sup>353</sup>. La colegiación se somete, habitualmente, al cumplimiento de requisitos añadidos a la titulación del profesional. Típicamente a la superación de un examen específico que garantice los conocimientos prácticos que se consideran imprescindibles o a la realización de un período de prácticas bajo la tutela de otros profesionales<sup>354</sup>.

En definitiva, con la titulación y la colegiación, los clientes o usuarios de los servicios profesionales ven reducidos sus costes de búsqueda y vigilancia (basta saber que el sujeto está colegiado para asegurarse la calidad mínima); se incrementa la calidad del servicio (porque quedan fuera del mercado los profesionales que no han podido superar la "barrera" de entrada al no haber demostrado los conocimientos que se consideran como mínimamente exigibles); y se reduce el riesgo de enfrentarse a un profesional de escasísima calidad<sup>355</sup>. La regulación se configura bajo este punto de vista como un sustituto de un seguro para proteger así la aversión al riesgo de los consumidores contra eventuales grandes pérdidas<sup>356</sup>.

---

actividad a titulaciones académicas antes inexistentes en un intento de conseguir mejorar la calidad del servicio profesional prestado.

<sup>353</sup>El apoyo legal para el "Derecho intraprofesional" viene establecido en los apartados i) y k) del artículo 5 de la ley de Colegios profesionales de 1974 (Modificada por Ley 74/1978 de 26-12 (BOE 11-1-79), donde se atribuye competencia a los colegios profesionales para "*ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados*".

<sup>354</sup>Debe advertirse no obstante que estos requisitos añadidos siendo habituales en los ordenamientos de nuestra órbita jurídica no se aplican con carácter general para nuestros profesionales.

<sup>355</sup>Así sintetizan los beneficios de la autorregulación R.VAN DEN BERGH/M.FAURE, "Self-regulation of the professions in Belgium", *Int.Rev.L. & Econ.*, 1991, vol.11, p.171. En este sentido vid. también, R.ZERBE/N.URBAN, "Including the Public Interest in Theories of Regulation", *Research in Law and Economics*, 1988, pp.4-5; P.DINGWELL/P.FENN, "A Respectable Profession? Sociological and Economic Perspectives on the Regulation of Professional Services", *Int.Rev.L. & Econ.*, 1987, pp.55-59; en nuestra doctrina y aludiendo a la protección del interés público como justificación fundamental a la regulación y autorregulación de los profesionales vid. A.FANLO LORAS, *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Madrid, 1992; S. DEL SAZ, *Los Colegios Profesionales*, Madrid, 1996; L.MARTIN-RETORTILLO [Coord.] AAVV, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Madrid, 1996.

<sup>356</sup>Aunque el estudio de la misma escape al objeto de nuestro estudio no puede siquiera dejar de mencionarse en estas líneas las numerosas críticas que la regulación de los profesionales están recibiendo en la actualidad. Críticas que, con carácter general tratan de moderar o reducir la relevancia concedida tradicionalmente a las asimetrías informativas con el objeto de negar, en base a la misma, la necesidad de una autorregulación

3. La colegiación permite, además, sujetar el ejercicio profesional a un conjunto de reglas de comportamiento que se conocen como reglas *éticas o de deontología profesional*, reglas cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los profesionales colegiados. Estas reglas tienen por objeto impedir conductas abusivas por parte del profesional, conductas que son posibles, en buena medida y precisamente por las asimetrías informativas que hemos descrito<sup>357</sup>. La reducción de estos abusos proviene del hecho de que el profesional deshonesto se enfrenta a la posibilidad de una acción de responsabilidad por parte del cliente y de una sanción disciplinaria por parte de su colegio

---

profesional e incluso del *licensing*. En este sentido son de destacar entre otros el trabajo de R.VAN DEN BERGH/M.FAURE, "Self-Regulation of the professions in Belgium", *Int.Rev.L. & Econ.*, 11 (1.991), p.165 ss, esp. 171-176; así como el conjunto de trabajos recogidos en el libro colectivo de M.FAURE/J.FINSIGER/J.SIEGERS/R.VAN DEN BERGH (eds.), *Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993, en donde se analiza el fenómeno de la regulación y autorregulación principalmente en médicos y abogados, tomando en consideración la normativa profesional de Estados Unidos, Bélgica, Holanda, Alemania y Gran Bretaña. Especialmente crítico se manifiesta en *ibid.*, C.CURRAN, "The American experience with self-regulation in the medical and legal professions", pp. 57-60. Por su parte en el trabajo de R.VAN DEN BERGH "Self-Regulation in the Medical and Legal Professions and the European Internal Market in Progress, en *ibid.* pp. 21 ss, 42 se afirma: que *the theoretical justification for self-regulation in the sector of these professions is weak. If quality improvement is the motive for regulatory intervention, there exist many alternative remedies which may cure the danger of adverse selection at less cost. In general there is no strong argument to prefer self-regulation to other forms of regulation on efficiency grounds.* En términos asimismo críticos pueden consultarse A.SHAKED, "The self-regulating profession", *Rev.Econ.Studies*, 1.981, vol.XLVIII, pp. 217 ss; R.DINGWAL/P.FENN, "A respectable profession"? Sociological and economic perspectives on the regulation of professional services", *Inter.Rev.L. & Econ.*, *Int.Rev.L. & Econ.*, 1.987: *Neither the "economic" nor the "public interest" theories of regulation give entirely adequate accounts of the licensed profession as a social institution.* Más dúbitalo, P.FENN, "Professional Liability and the Licensed Profession", *Inter.Rev.L. & Econ.*, 1.992, vol.12, pp. 479 ss.

<sup>357</sup> Estas conductas abusivas pueden presentar una variedad de formas; rebajar la calidad manteniendo un precio superior a la calidad del servicio ofrecido, dar a unas personas mejor trato que a otras dependiendo de sus conocimientos, dar un tratamiento menor de lo que requiera el tema con el propósito de ahorrar tiempo o gastos para el profesional, aconsejar al cliente incurrir en gastos para servicios profesionales innecesarios, como operaciones quirúrgicas o nuevos pleitos que incluso puedan ser más perjudiciales al caso. Sobre ellas vid. R.C.O.MATHEWSON, "The Economics of professional Ethics: should the Professions Be More like Business?", *Econ.J.*, 1.991, vol., 101, pp. 739-740; en las relaciones entre abogado y cliente vid. una relación de las mismas por L.RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", en *WPS*, 60, 1.996, pp. 1 ss.



aumentando así el "coste" de conductas improcedentes y, por tanto, disminuyendo la probabilidad de su comisión<sup>358</sup>.

*3. Los mecanismos no regulatorios de reducción de los costes de agencia: la reputación como garantía de calidad de los servicios profesionales y Sociedad Profesional.*

1. Junto a los mecanismos regulatorios, el mercado se ha encargado también de ofrecer otros recursos que tienen asimismo por finalidad minimizar los costes derivados de las asimetrías de información a que nos venimos refiriendo. Son mecanismos utilizados en toda la contratación privada y, de lo que se trata, es de examinar su mayor o menor utilidad en el ámbito de los servicios profesionales.

a) Entre estos mecanismos de carácter contractual, uno bien conocido es, sin duda, el de las *garantías*<sup>359</sup>. El profesional puede ofrecer al cliente o mandante la seguridad de que obtendrá un resultado determinado. Como en cualquier otro ámbito, la garantía actúa como signo de calidad, porque aquellos proveedores que ofrezcan una calidad inferior, se verán más frecuentemente enfrentados al pago de la garantía y, a largo plazo, estos mayores costes en comparación con sus competidores les expulsará del mercado. El uso de garantías no es, sin embargo, una solución disponible de forma general en el mercado de los servicios profesionales, precisamente por

---

<sup>358</sup>En este sentido vid. R.C.O. MATHEWSON, "The economics of professional ethics: should the professions be more like business?", *The economic journal*, 101 (Julio 1991), p. 737-759. Para una consideración crítica sobre las reglas de ética como mecanismo idóneo para reducir los costes de agencia en las relaciones entre cliente y abogado, v. L. RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", en *WPS*, 60, 1.996, pp. 1 ss.

<sup>359</sup>En general sobre la utilización de garantías en mercados con asimétrica información vid. Y. BARZEL, "Measurement Cost and the Organization of Markets", *J.L. & Econ.*, 1.982, vol.25, pp. 32-34; GROSSMAN,

las mismas razones por la que es tan costoso el control de la conducta del profesional por parte del cliente: el resultado deseado no es, en muchos casos, producto exclusivo de la pericia y honradez del profesional por lo que, difícilmente podrá éste garantizar anticipadamente la consecución de resultados determinados.

b) Otro mecanismo contractual de fines semejantes lo ofrece la posibilidad de *multiplicar las relaciones* entre un cliente y, pongamos por ejemplo, sus abogados. Se trataría de que el cliente tuviera relaciones profesionales con varios abogados entre los cuales distribuyera distintos casos, trabajando pues con cada uno sobre unas bases limitadas. Esta multiplicidad de relaciones permitiría al cliente comparar la pericia y diligencia de distintos profesionales y dar por terminadas las relaciones con aquellos profesionales que presenten un rendimiento inferior y, sobre todo, hacerlo con "costes de cambiar" (búsqueda y selección de un nuevo profesional) muy bajos. Es evidente, sin embargo, que este mecanismo contractual sólo es eficiente para aquellos clientes que, como las grandes empresas, son "grandes consumidores" de servicios jurídicos y disponen de personal especializado (la asesoría jurídica interna) en la supervisión (*monitoring*) de los abogados externos<sup>360</sup>.

c) Otro recurso ampliamente utilizado en el ámbito de la contratación en general es, sin duda, la *producción y distribución de información sobre la calidad de los productos y servicios*. Se trataría, pues, de extender publicaciones como las revistas de consumidores al mercado profesional<sup>361</sup>.

---

"The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality", *J.L. & Econ.*, 1.981, vol.24, pp.461 ss si bien estos artículos no se refieren específicamente al mercado profesional.

<sup>360</sup> Así RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", WPS, 60, 1996, p.12.

<sup>361</sup> Esta solución se ha tratado de proponer de *lege ferenda* como un tipo de mecanismo regulatorio, imponiendo al legislador la promulgación de regulaciones en las que se estableciera tipos de información de

La extensión de este instrumento, que tan buenos resultados dió en el pasado, para facilitar la elección de los consumidores, parece poco prometedora en el ámbito de los servicios profesionales. En efecto, parecen insalvables las dificultades que implicaría establecer una "evaluación pública" de la calidad de los distintos profesionales. En primer lugar, porque al tratarse de servicios personales (donde la conducta del deudor es, por tanto, variable en cada prestación), no hay garantía alguna de que un determinado profesional vaya a prestar servicios de calidad estándar o uniforme. En segundo lugar, el tamaño de las "empresas de servicios profesionales" es, normalmente, muy pequeño, lo que eleva el coste de la producción de la información.

2. Si los mecanismos contractuales descritos hasta aquí parecen tener una eficacia limitada, la *adquisición y mantenimiento de una buena reputación* es reconocida generalizadamente como el principal instrumento de reducción de los costes de agencia en el ámbito de los servicios profesionales, entendida ésta como signo de calidad. La reputación actúa como un incentivo que, en ausencia de sanciones legales, coadyuva de manera eficiente a la realización y cumplimiento de los contratos. Y ello porque en caso de incumplimiento, los beneficios que a largo plazo pierde el contratante que goza de reputación no consisten exclusivamente en la pérdida de posibles ganancias futuras derivadas de las relaciones con el cliente respecto del que ha incumplido, sino en la pérdida de las relaciones que el profesional

---

carácter obligatorio. La obligación de estas declaraciones podían preverse como *Leyes de Protección al Consumidor*. No sólo el precio, sino también las específicas capacidades profesionales podrían sujetarse a medidas de obligatoria información. Sin embargo como se indica en el texto -referido a la información como método de mercado- tampoco en el caso de plantearse como método regulatorio parece una mecanismo definitivo. Constituiría tan sólo un primer peldaño en orden a garantizar la calidad del servicio profesional, siendo en consecuencia necesario acudir a otros métodos adicionales. Así, R. VAN DEN BERGH/M.FAURE, "Self-Regulation of the professions in Belgium", *Int.Rev.L. & Econ.*, 11 (1.991), p.163; R. VAN DEN BERGH, "Self-Regulation in the Medical and Legal Professions and the European Internal Market in Progress, *Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993, p. 38.

incumplidor podría realizar en el futuro con cualquier cliente para el que la reputación actúa como mecanismo de garantía de cumplimiento<sup>362</sup>. Así las cosas, bien puede afirmarse que la sanción no legal que el mercado impone a través del mecanismo reputacional consiste precisamente en la amenaza de pérdida generalizada de futuros negocios, lo que supone realmente una grave amenaza para aquellos profesionales que pretendan mantener una relación continuada con sus clientes<sup>363</sup>.

El mecanismo reputacional se apoya en el principio de extrapolación. Según el mismo el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado. Cuando un cliente comprueba, que la calidad de los servicios recibidos es siempre la misma, podrá suponer según este principio que en el futuro esa calidad en la prestación de servicios se mantendrá<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup>Tal y como se ha afirmado lo esencial de la reputación como mecanismo que garantiza el cumplimiento honrado de los contratos es que un grupo hace depender el mantenimiento de relaciones futuras (intercambios futuros beneficiosos) con un sujeto de su comportamiento en el pasado respecto de cualquier miembro del grupo. V., A.GREIF, "Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders", en *J.Econ.Hist.*, 1.989, vol.49, pp. 857 ss, 868-869.

<sup>363</sup>En este sentido merece destacarse el extraordinario artículo de B.KLEIN/B.LEFFLER "The role of market forces in assuring contractual performance", *Journal of Political Economic*, 1981, vol.89, n.41, p.615-641, en el cual se analiza el papel de la reputación o *brand name*, en el aseguramiento de la realización y cumplimiento de los contratos; en el mismo sentido puede consultarse, L.A.KORNHAUSER, "Reliance, Reputation, and Breach of Contract", *J.L. & Econ.*, 1.983, vol.26, n.3, pp.691 ss; vid. también Y. BARZEL, "Measurement Cost and the Organization of Markets", *J.L. & Econ.*, 1.982, vol.25, pp. 35-37; D. KREPS/R.WILLSON, "Reputation and imperfect information", *Journal of Economic Theory*, 1.982, vol.27, pp. 253-279, si bien estos artículos no se refieren en general al mercado profesional, sino al mercado comercial.

<sup>364</sup>Cuando parece haberse garantizado una calidad determinada en todos los servicios prestados por una sociedad, surgen entonces las llamadas *primas Goodwill* por las que aquellos que hayan sabido mantener una calidad constante en los servicios ofrecidos pueden permitirse subir el precio de los mismos con respecto a aquellos otros profesionales que incluso tengan la misma calidad pero que ésta no sea conocida. Estas primas o precios superiores, cumplen la función de asegurar asegurando la calidad (*quality-assuring price*), al constituir su obtención un incentivo para la sociedad. Los clientes estarán por su parte, dispuestos a pagar por ese tipo de servicios un precio superior al que pagarían a otro profesional del que no conocen la calidad de sus servicios, o incluso concidiéndola saben que no es una calidad constante. La razón es clara: esa reputación adquirida les garantiza una calidad ya conocida. Vid. en el artículo de KLEIN/LAFFLER, "The role of market forces in assuring contractual performance", *Journal of Political Economic*, 1981, vol.89, n.41, p.615-641, el estudio de que gastos tienen que cubrir estas primas para poder asegurar la calidad ofrecida. Vid. también

La reputación puede adquirirse en nuestro campo, tanto a través del ejercicio individual de la profesión como a través del ejercicio colectivo de la misma. Sin embargo, las sociedades profesionales gozan de una especial "ventaja competitiva" para *asegurar una "garantía reputacional"* frente a otras formas de ejercicio de la profesión<sup>365</sup>. Las razones que avalan esta afirmación son básicamente dos: la continuidad en la vida profesional (v. *infra* a), y el papel del monitoring en las sociedades profesionales (v. *infra* b).

a) El que las sociedades tengan un horizonte de actuación más largo que un profesional individual, hace que éstas tengan incentivos más poderosos que cualquier mortal para labrarse y mantener una buena reputación en el mercado. En este sentido puede afirmarse que un profesional al final de su vida profesional no puede ofrecer su reputación como garantía porque el cliente sabe que no la va a necesitar mucho más tiempo. Así no es infrecuente observar cómo son los propios profesionales los que relajándose en los últimos años de ejercicio de su actividad, se encargan ellos mismos de acabar liquidando o eliminando su propia reputación; la disminución de sus esfuerzos poco les va a hacer perder en esos últimos años<sup>366</sup>. Por el contrario la capacidad de una sociedad con una vida potencialmente ilimitada de continuar ofreciendo sus servicios más allá de la duración de las carreras profesionales de miembros, les permite ofrecer una garantía continua de

---

R.BOWLES/G.SKOGH. "Reputation, monitoring and the organisation of the law firm", en M.FAURE/R.VAN DEN BERGH, *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen, 1.989, p.33.

<sup>365</sup>En este sentido muchos autores han afirmado que la capacidad para poder asegurar una *reputational bond* es una de las razones más importantes para la existencia de las *law firms*. Así R.BOWLES/G.SKOGH, "Reputation, Monitoring and the Organisation of the Law Firm", en *Corporations, Accidents Prevention*, p.47; A.LEIBOWITZ/R.TOLLISON, "Free Riding, Shirking and Team Production in Legal Partnerships", en *Econ.Inquiry*, 1.980, vol.18, pp. 380, 383. Sobre la importancia de la reputación en las *law firms*, vid. RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", en WPS. 60, 1.996, pp. 10-17.

<sup>366</sup>Así lo apunta también RIBSTEIN, "Ethical Rules", WPS, 60, 1.996, p. 12.

calidad que los profesionales individuales no pueden ofrecer. En los casos en los que la sociedad se proponga tener una duración indefinida la sociedad tratará de construir una reputación que trascienda a la de sus profesionales miembros, convirtiéndose ella en la depositaria de esa reputación independientemente de las eventuales variaciones que pudiesen producirse en su composición<sup>367</sup>.

b) Junto a la continuidad en la vida profesional, la especial capacidad de las sociedades para ofrecer la reputación como garantía de calidad se explica por el papel que en las mismas juega el control recíproco entre los socios (*monitoring*). Como se ha apuntado más arriba (v. *supra* 1), la calidad de un servicio profesional únicamente puede evaluarse en sus justos términos con la ayuda de algún experto en el servicio requerido, lo que de solicitarse por un cliente desinformado que contrata con un profesional individual provocaría indudablemente un aumento enorme el coste total del servicio. En el caso de contratar con una sociedad profesional, el coste de búsqueda de un

---

<sup>367</sup> Esa reputación acaba pues, por convertirse en parte del capital específico de la sociedad contribuyendo así a la creación de su *goodwill*. Sobre la naturaleza del mismo resultan muy ilustrativas las palabras del Juez SWAN recogidas por NELAON, "An inquiry into the nature of goodwill", *Colum.L.Rev.*, 1.953, vol. 53, pp. 660-731: "*A going bussiness has a value over and above the aggregate value of the tangible property employed in it. Such excess of value is nothing more tahn the recognition that, used in an established business that has won the favor of its customers, the tangibles may be expected to earn in the future as they have in the past. The owner's privilege of so using them, and his privilege of continuing to deal with customers attracted by the established business, are property of value. This latter privilege is known as goodwill*". Por su parte NELAON, define el goodwill *as the value of a business aver and above the value of its others assets*. El hecho de que la misma no pueda ser identificada ni evaluada de manera separada y precisa (salvo cuando se transmite la empresa), ha provocado que el autor hable de la "naturaleza parasitaria del goodwill" (p. 673.). Según la definición dle Black's Law Dictionary, el goodwill puede definirse como *the favor which the management of a business wins from the public. The favorable consideration shown by the purchasing public to goods or services known to emanate from a particular source. Property of an intangible nature, commonly defined as the expectation of continued public patronage* [Black's Law Dictionary, St.Paul (West Publishing Co.), 1.990, 60 ed., p.694]. Para un estudio del goodwill de las sociedades vid. L.RIBSTEIN, "A Theorical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska Law Review*, 1.991, vol.70, pp. 39-74. Esta reputación social, capital específico de la sociedad, se convertirá en el incentivo de los socios para continuar en la misma (generándose así lo que en la terminología económica se denominan cuasirrentas), ya que la sociedad acabará siendo potencialmente más beneficiosa para los socios que otra alternativa fuera de la misma. Para una primera aproximación sobre las cuasirrentas vid. P.MILGROM/J.ROBERTS, *Economía, Organización y Gestión de la Empresa*, Barcelona, 1.993, pp. 316 ss.

experto se traslada a la propia sociedad<sup>368</sup>. En efecto, cada uno de los profesionales de una sociedad se encuentra en la posición de experto a la que hemos aludido, como sujetos capaces de calibrar y juzgar exactamente la calidad de los servicios prestados por el resto de profesionales miembros. Lo que la sociedad profesional ofrece es la garantía de un control interno entre los miembros que asegure la diligencia de cada uno de ellos en el ejercicio de su actividad lo que, a su vez, asegura la calidad de los servicios prestados<sup>369</sup>.

Naturalmente la efectividad de ese control depende de la existencia de incentivos adecuados que contribuyan a su realización efectiva. Incentivos que vienen proporcionados por el hecho de que, como es sabido, los socios participan en los beneficios de la sociedad. En efecto, el hecho de que los socios tengan derecho a las ganancias residuales de la empresa crea en cada uno de ellos los incentivos para controlar de forma efectiva al resto de miembros del equipo, y ello porque, en la medida en que se intensifique el capital humano de los socios, se incrementarán los beneficios de la sociedad, y en esa medida mayor será la ganancia de los mismos<sup>370</sup>. Y, en sentido

---

<sup>368</sup>Vid. en este sentido J.CARR/F.MATHEWSON, "The economics of Law Firms: a study in the legal Organization of the Firm", *J.L. & Econ.*, 1.990, vol.33, n.2, pp.307 ss. esp.314 ss.

<sup>369</sup>El *monitoring* constituye uno de los *costes de agencia* de las sociedades, que podría definirse como el gasto de supervisión o vigilancia que ha de realizarse para asegurarse que los agentes, en nuestro caso los propios profesionales asociados, se ajusten en su conducta contractual a los intereses de la sociedad, evitando así las conductas oportunistas de los mismos que traten de maximizar su utilidad a costa de la maximización del interés de la sociedad. Vid. si bien no referido especialmente a las sociedades profesionales, el estudio del *monitoring* que realizan E.F.FAMA/M.C.JENSEN, "Agency problems and residual claims", *J.L. & Econ.*, 1983, vol.26, pp. 327-349, 334-335; E.F.FAMA/M.C.JENSEN, *J.L. & Econ.*, 1.983, vol.26, "Separation of Ownership and control", pp. 315-316.

<sup>370</sup>Para una primera aproximación a la idea de control y rendimientos residuales v. P.MILGROM/J.ROBERTS, trad. *Economía, Organización y Gestión de la Empresa*, pp. 338 ss. Para un desarrollo de estas ideas vid. ampliamente en sociedades de abogados por R.BOWLES, G.SKOGH, "Reputation, Monitoring and the Organisation of the Law Firm", *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen, 1.989, pp.33 ss; J. CARR/F. MATHEWSON, "The economics of law firms: a study in the legal organization of the firm", *The J.Law & Econ.*, 1.990, vol.33, pp. 314-320; A. LEIBOWITZ/R. TOLLISON, "Free riding, shirking, and team production in Legal Partnership", *Economic Inquiry*, 1.980, vol.18, p. 380-392; FRED S. MC CHESNEY, "Team Production, Monitoring, and Profit Sharing in Law Firms: an Alternative Hypothesis", *The J.Legal Stud.*, 1.982, vol.11, pp. 379-393. Constituye sentir común en todos ellos el afirmar que si bien el *monitoring* puede llevarse a cabo de forma individual o en equipo, en éste último

contrario, la disminución de la calidad de los servicios prestados por la sociedad se traducirá en una grave amenaza para el patrimonio personal de cada uno. En efecto, si la sociedad pierde su reputación o causa daños a los clientes, el socio verá en peligro todo su patrimonio personal (en el caso de formas societarias con responsabilidad ilimitada de los socios) o parte del mismo, hasta la cantidad aportada, en el caso de sociedades de capital<sup>371</sup>.

3. Estos incentivos no están presentes en otras formas de producción en común diferentes a la sociedad profesional como sucede cuando se utilizan contratos de intercambio (sea mediante el recurso a la contratación laboral, de arrendamiento de servicios o de obra) para articular u organizar la producción en común. La diferencia de estos supuestos con la sociedad no está en la producción en equipo (todas las empresas individuales o sociales implican la producción en equipo), sino en la organización de la titularidad, es decir en la determinación del *residual claimant* de los beneficios empresariales. Y desde este punto de vista, el hecho de que los profesionales contratados no tengan atribuido un derecho a la titularidad residual sobre los activos de esa empresa -por obtener una remuneración fija-, no les incentiva obviamente a controlar el comportamiento del resto de colegas. La importancia que en nuestro ámbito

---

puede sin embargo existir también un incentivo para remolonear (to *shirk*). Así, se afirma que el monitoring es tanto más efectivo cuanto menos sean las personas sobre las que tenga que ejercerse una labor de control o vigilancia. "*Incentives to shirk are positively related to the optimal size of the team under an equal profit-sharing scheme. The preceding does not imply that profit sharing is never viable. Profit sharing to encourage self-policing is more appropriate for small teams*"; ALCHIAN & H. DEMSETZ, "Production, Informationss Costs and Economic Organization", *Am. Ec. Rev.*, 1.972, vol.62, p.786.

<sup>371</sup> En realidad, aún cuando la sociedad profesional adopte la forma de una sociedad anónima o limitada, las pérdidas personales de cada socio en caso de pérdida de la reputación de la sociedad son más elevadas que la de la aportación social. Indefectiblemente, en la medida en que se conozca la pertenencia de un socio concreto a la sociedad "caída en desgracia", el socio profesional verá mermado su propio capital humano en cuanto que la falta de calidad atribuida por el mercado a la sociedad se extenderá a la persona del socio. En otros términos, el socio profesional verá reducido el valor de su "capital humano", capital que no es, en sentido estricto, objeto de aportación a la sociedad de responsabilidad limitada o anónima.



tiene el *monitoring* en orden a asegurar la calidad de los servicios y a construir la reputación configuran pues, a estas otras formas de organizar la producción en común como un recurso menos eficiente que las sociedades<sup>372</sup>.

Es pues, la *propiedad en común* de los socios de los beneficios sociales, el instrumento que proporciona el mejor incentivo a cada uno de los miembros del equipo para ese control recíproco, el cual como hemos dicho redundará en última instancia en un aumento de la calidad de los servicios prestados por la sociedad. Garantía de calidad que contribuye a consolidar la reputación profesional de la sociedad en el mercado, y a disminuir la incertidumbre de los clientes que contratan con la misma, reduciendo en buena medida los costes de agencia aludidos.

## II. LA AVERSION AL RIESGO DE LOS PROFESIONALES COMO JUSTIFICACION DE LA CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD PROFESIONAL.

1. Además de contribuir a la reducción de los costes de agencia externos, la sociedad profesional permite obtener las ventajas que, en términos de eficiencia, se derivan, con carácter general, de la diversificación de riesgos. En efecto, como comprobaremos inmediatamente, el ejercicio societario de la profesión permite a los profesionales diversificar la inversión de su "capital", diversificación que, por las peculiares características del

---

<sup>372</sup>En este sentido afirma RIBSTEIN, la importancia de la reputación en el ámbito que nos ocupa, es lo que explica porque las *law firm* tienden "*to emphasize vertical integration over spot contracting(...). The problem with spot contracting is that firms that rely on this mechanism cannot easily maintain their reputational bonds. It is relatively difficult for small firms adequately to monitor the quality of work done by outside contractors and to develop appropriate incentive devices*: Ribstein, "Ethical Rules", WPS, 60, 1.996, p.13.

"capital profesional" no es posible a través de su inversión en una pluralidad de activos.

a) Como cualquier otro sujeto, los profesionales son, en general, *aversos al riesgo*. Por aversión al riesgo se entiende el hecho de que un sujeto individual prefiera, entre dos alternativas igualmente rentables en promedio, aquella que menos varianza implique. En este sentido, se dice que alguien es neutral al riesgo cuando le es indiferente un 50% de probabilidades de ganar 100 que un 25% de probabilidades de ganar 200. Por el contrario, si prefiere la primera a la segunda posibilidad se dice que el sujeto es averso al riesgo y si prefiere la segunda a la primera, se afirma que es proclive al riesgo. Parece demostrado empíricamente que, en condiciones normales, los individuos suelen ser aversos al riesgo, esto es, suelen elegir el proyecto que menos varianza implique. En el ejemplo propuesto la aversión al riesgo haría decantarse a cualquier individuo por preferir la primera proposición. Consecuentemente, los individuos aversos al riesgo -o sea, todos- adoptan decisiones que no son racionales desde el punto de vista económico. Prefieren menos a más. Naturalmente, cabe nuevamente esperar que existan instrumentos que permitan evitar estas pérdidas de eficiencia. La forma más eficaz de hacerlo es, sin duda, la *diversificación*. Para aperebarnos de ello, conviene explicar brevemente la denominada "Teoría de la cartera".

b) El desarrollo moderno de esta teoría descansa en la idea de que la aversión al riesgo característica de cualquier inversor, le llevará a invertir en una cartera diversificada de los bienes de capital<sup>373</sup>. Combinando o diversificando los bienes, el inversor podrá reducir el nivel de riesgo sin reducir la renta esperada, en particular, logrará eliminar los llamados riesgos

asistemáticos<sup>374</sup>. Como es sabido, cualquier riesgo asociado con la renta de un bien se compone de dos elementos: el riesgo sistemático y el riesgo asistemático. Riesgo sistemático es el que afecta a todos los bienes, de forma que, cuando se actualiza, se ve afectado el valor de todos los bienes que componen la "cartera de inversiones" de un sujeto. Por ejemplo, un cambio en la coyuntura económica, la pérdida de valor de la moneda, un aumento del nivel de inflación, es decir, variaciones en las condiciones económicas generales del mercado. Por el contrario el riesgo asistemático es áquel que afecta en exclusiva a un determinado bien. Por ejemplo si se invierte en oro, es un riesgo asistemático el hecho de que se produzca un avance tecnológico que permita sustituir el oro por otro producto en la fabricación de determinados bienes y, con ello, la demanda de oro se vea reducida.

c) Pues bien, diversificando su cartera un inversor puede eliminar todo riesgo asistemático. Cuanto mayor sea el número de bienes diferentes que contenga una cartera de bienes, el impacto de un evento que haga disminuir el valor de un bien determinado podrá ser equilibrado por el impacto de un evento favorable sobre otros bienes de la cartera, por lo que las variaciones del valor de los bienes individuales no afectará al valor de la cartera en su conjunto. Una cartera completamente diversificada no quedará sujeta a riesgo asistemáticos. El único riesgo que queda en una cartera diversificada es el sistemático, el riesgo de los eventos que puedan alterar el valor de todos los bienes que la componen.

---

<sup>373</sup>Vid. R.J.GILSON/R.H.MNOOKIN, "Sharing among the human capitalist: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, pp.313 a 397 y la bibliografía allí citada en torno al desarrollo de esta teoría económica.

<sup>374</sup> Según la bien conocida explicación de MODIGLIANI/POGUE, "An introduction to risk and return: concepts and evidence", *Fin.Analysts Journal*, Mayo-Abril 1.974, p.68, 73-76.

La conclusión es clara: la aversión al riesgo de los sujetos y en concreto la posibilidad de eliminar el riesgo asistemático a que potencialmente pueden verse sometidos, les lleva a diversificar su cartera de bienes, esto es, de su capital.

2. Como es manifiesto, la aversión al riesgo de los profesionales, no puede sin embargo combatirse de esta forma. La razón salta a la vista: el principal (y más valioso) activo de un profesional es su propia formación, conocimientos y relaciones, es decir, y en términos beckerianos, su *capital humano* y dicho capital no es diversificable en el mismo sentido en que lo es un capital físico. En efecto, un profesional no puede ser, simultáneamente, especialista en muchas ramas de su profesión. Es obvio, por ejemplo, que un médico no puede ser, a la vez, ginecólogo, psiquiatra y cirujano de forma que si se produjera una caída en la demanda de ginecólogos, pudiera dedicarse a alguna de las restantes actividades que no se ven afectadas por tal caída de la demanda. Pero es más. Aún en el caso de que un profesional haya logrado diversificar su propio capital humano, ello tampoco le aleja de los riesgos asistemáticos antes aludidos. En efecto, no olvidemos que el profesional únicamente gana renta por los servicios que rinde en cada momento, de tal forma que si enferma (por poner un ejemplo de riesgo asistemático), no podrá evitar las consecuencias de ese riesgo *aún habiendo diversificado su capital humano*<sup>375</sup>.

Lo anterior no significa, sin embargo, que el profesional quede en todo caso a merced de los riesgos asistemáticos. Algunos de ellos, como la muerte

---

<sup>375</sup>Por el contrario, como bien ejemplifican GILSON/MNOOKIN, "Sharing among", 37, *Stand. L. R.*, 1.985, p. 313 y ss. un accionista de una sociedad que cotiza en bolsa puede despreocuparse de la salud del presidente de la compañía, porque aunque la mala salud del mismo repercutiera en la consecución de esa

o incapacidad pueden ser diversificados a través de seguros<sup>376</sup>. Pero los seguros no existen para otros aspectos importantes de los riesgos asistemáticos asociados con el capital humano de los profesionales, tales como un divorcio, una crisis personal, el alcoholismo, una caída en la demanda, etc, que hagan reducir sustancialmente el rendimiento profesional<sup>377</sup>.

3. Así las cosas, resulta sencillo justificar la constitución de una sociedad profesional como mecanismo de diversificación, es decir, como respuesta a la aversión al riesgo de sus profesionales miembros<sup>378</sup>. En efecto, la titularidad común de los rendimientos generados por el capital humano de la colectividad, implica una *varianza menor* que los casos en los que el profesional se configura como único propietario residual; el profesional, como propietario residual de los beneficios de la sociedad, tendrá derecho a participar en los beneficios aunque (por ejemplo por enfermedad) no haya tenido una participación efectiva en un caso, cuyos resultados se hayan

---

compañía, no causaría impacto sin embargo en la renta de una cartera diversificada, uno de cuyos holdings era el stock de la compañía.

<sup>376</sup>El efecto del seguro es crear dos bienes cuyos valores varían precisamente en direcciones opuestas. Imaginemos un profesional cuyo capital humano es de 1.000.000 de ptas. Si este profesional concierta un seguro de vida, significará que si no muere el valor de su capital seguirá siendo 1.000.000 de ptas y el valor de su póliza será apenas ninguno; y si el profesional muere su capital humano perderá su valor pero la póliza de seguros tendrá entonces el valor de 1.000.000 de ptas. El riesgo de perder su valor ha sido eliminado por la diversificación.

<sup>377</sup>Si ya es difícil determinar *ex ante* el valor real esperado del capital humano del profesional, será todavía más difícil determinar el valor adecuado por asegurarse contra la variación *ex post* de aquel valor. Además en algunos casos determinar si el evento ha ocurrido efectivamente (por ejemplo una crisis personal) requiere unos niveles de observación y control de los asegurados individuales que escapa a la actividad de cualquier seguro. en este sentido vid., ROTHSCILD/STIGLITZ, "Equilibrium in Competitive Insurance markets: an essay on the economics of imperfect information", *Quarterly journal of economics*, 1.976, vol.90, p. 629.

<sup>378</sup>En este sentido T.PALAY, "Diversifying Physician Risk Through Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.989, p. 164 ss; E.FAMA/M.C.JENSEN, "Organizational Forms and Investment Decisions", *J.Fin.Econ.*, 1.985, vol.14, pp. 101-119, 107; GILSON/MNOOKIN, "Sharing Among the Human Capitalists: An Economic Inquiry Into the Corporate Law Firm and How Partners Split Profits", *Stan.L.Rev.*, 1.985, vol37, p.313.

imputado a la sociedad. Sus ingresos no se verán bruscamente disminuidos por el hecho de que la rama en la que él se ha especializado sufra una caída de demanda. En la medida en que participa de los beneficios de la actividad de los restantes miembros del grupo, la pertenencia a una sociedad profesional le permite así alejar los riesgos asistemáticos inherentes a su capital humano.

4. Se deduce sin dificultad de lo que se ha expuesto que la diversificación de los riesgos que se consigue a través de la constitución de una sociedad, *facilita además la especialización de sus miembros*, consiguiendo con ello maximizar las distintas inversiones realizadas en el sentido de que los profesionales "perderán el miedo" a especializarse en una determinada rama si pueden contar con que la caída en la demanda de la misma no afectará sustancialmente a sus ingresos<sup>379</sup>. En realidad, lo que sucede es que la constitución de una sociedad profesional permite alterar el titular del capital humano atribuyendo los rendimientos de éste a otro sujeto (la sociedad) que, al estar compuesta por una pluralidad de profesionales está en mejores condiciones para diversificar el riesgo al que se ven sometidos cada uno de ellos. La sociedad profesional actúa, pues, de forma idéntica a una compañía de seguros. Los asegurados traspasan el riesgo al que están sometidos a un sujeto (la compañía de seguros) que está en mejores condiciones de soportarlo precisamente porque, al asumir una pluralidad de riesgos homogéneos pero independientes entre sí, puede proceder a su diversificación y, con ello, a eliminar los riesgos asistemáticos<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup>En este sentido y con relación a los notarios se manifiesta PAZ-ARES, "Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)", *La fe pública*, publicado por Colegios Notariales de España, Madrid, 1.994, p. 104-105.

<sup>380</sup>Vid., REA, S.A., Jr. "The Economics of Insurance Law", en *Int. Rev. Law & Econ*, 1.993, vol. 13, pp. 145-162.

Veámoslo con un ejemplo. Imaginemos el caso de un abogado que está considerando invertir el capital humano necesario para convertirse en un especialista en inversiones extranjeras. Con esta especialización ganará más dinero y ganará más, en particular, cuanto mejor vaya nuestra economía nacional porque significará que se hacen más inversiones extranjeras en nuestro país. Su expectativa de esa renta en relación a la situación del mercado será la siguiente<sup>381</sup>:

Situación del mercado	Probabilidad de cada situación	Ganancias como abogado especializado en inversiones extranjeras
Expansivo	1/3	2 millones ptas.
Estancado	1/3	1 millón ptas.
Deprimido	1/3	0 ptas.

Un análisis similar de renta esperada puede ser el resultante de un abogado de quiebras, la cual variará asimismo en función del mercado si bien en la dirección diametralmente opuesta, ya que presumiblemente y en contraste con la especialización en inversiones extranjeras, los malos tiempos económicos (que resultan en un mercado deprimido) significan buenos tiempos para un abogado especializado en quiebras. De acuerdo con esta hipótesis, y partiendo de que la inversión en su capital humano ha sido semejante al anterior profesional la renta esperada en este segundo caso sería la siguiente:

---

<sup>381</sup> Los ejemplos puestos a continuación están basados en los propuestos por GILSON/MNOOKIN, "Sharing among the human capitalist", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, pp. 327-328.

Situación del mercado	Probabilidad de cada situación	Ganancias como abogado especializado en quiebras
Expansivo	1/3	0 ptas.
Estancado	1/3	1 millón ptas.
Deprimido	1/3	2 millones ptas.

El análisis de estos dos cuadros indica que, una inversión semejante tanto en inversiones extranjeras como en quiebra posee una idéntica renta esperada: una media de 1.000.000 de ptas ( $2.000.000 \times 1/3 + 1.000.000 \times 1/3 + 0 \times 1/3$ ). Ambas inversiones sin embargo presentan riesgos sustanciales: existe un tercio de probabilidades por cada abogado de ganar una renta de cero. Este riesgo puede ser evitado, mediante la diversificación como demostramos en la siguiente tabla si los dos profesionales se asocian aportando cada uno la inversión realizada en su capital humano compartiendo las ganancias.

Situación del mercado	Probabilidad de cada situación	Ganancias como abogado especializado en inversiones extranjeras	Ganancias como abogado especializado en quiebras	Ganancias <i>en sociedad</i> de cada uno de los abogados
Expansivo	1/3	2 millones ptas.	0 ptas.	1 millón ptas.
Estancado	1/3	1 millón ptas.	1 millón ptas.	1 millón ptas.
Deprimido	1/3	0 ptas.	2 millones ptas.	1 millón ptas.

Precisamente porque las rentas en cada una de las dos inversiones responden de forma opuesta en relación con la situación del mercado, los



riesgos correspondientes son por entero eliminados. El análisis de la inversión del capital humano de los profesionales en la especialización, desde la perspectiva de la teoría de la cartera aplicada a las sociedades, demuestra en estos casos la oportunidad de incrementar el valor de ese capital a través de la diversificación<sup>382</sup>.

La conclusión es evidente: la creación de un despacho profesional con un acuerdo entre los abogados donde cada uno de ellos invierta su capital humano en una especialidad distinta y donde las rentas procedentes de cada inversión sea repartida conforme a determinadas bases (en nuestro ejemplo el reparto ha sido al 50% por ser ambas inversiones semejantes)<sup>383</sup>, constituye una innovación institucional que permite a los profesionales adquirir las ventajas de las ganancias de la diversificación<sup>384</sup>. Desde esta perspectiva, bien

<sup>382</sup>La diversificación en sociedad debe ser entendida como inversión en sectores diferentes de la profesión, por profesionales especializados en cada uno de ellos. Podría pensarse que la misma ventaja de la diversificación se produciría en un mismo profesional que diversifica su propio capital humano invirtiéndolo en distintas especialidades de su profesión. Según el ejemplo puesto anteriormente si un mismo abogado invirtiera el capital humano necesario para convertirse al mismo tiempo en un abogado especializado en inversiones extranjeras y de quiebras, realizando en cada una de las dos actividades una inversión idéntica, colocando la mitad de su inversión en cada una de las especialidades, sus ganancias quedarían de acuerdo con lo previsto en la siguiente tabla:

Situación del mercado	Probabilidad de cada situación	Mitad de las ganancias como abogado especializado en inversiones extranjeras	Mitad de las ganancias como abogado especializado en quiebras	Ganancias con el "Portfolio"
Expansivo	1/3	1 millón	0	1 millón
Estancado	1/3	0,5 millones	0,5 millones	1 millón
Deprimido	1/3	0	1 millón	1 millón

Los efectos de la diversificación son los mismos; sin embargo, el problema es aparente en profesionales individuales por la dificultad ya apuntada anteriormente, de diversificar su propia inversión de capital humano. La mejor fórmula para maximizar las ventajas de la diversificación en profesionales se consigue pues, a través de la asociación profesional.

<sup>383</sup>Vid. por lo que se refiere al reparto de ganancias en sociedades profesionales *infra* §23 ss.

<sup>384</sup>Vid. la contemplación de la law firm en Estados Unidos como el punto focal para la diversificación y reparto del riesgo en, GILSON/MNOOKIN, "Coming of Age in a Corporate law Firm; the economics of

puede afirmarse en consecuencia, que las sociedades profesionales constituyen el medio idóneo para facilitar la diversificación del capital humano de los profesionales, a través de la especialización de sus miembros y todo ello alejando a éstos del riesgo asistemático al que de otra manera estarían sometidos.

## **§ 18. Racionalidad económica de los dos tipos societarios fundamentales: sociedades de personas y sociedades de capital.**

Analizada la racionalidad económica de la sociedad profesional en sentido estricto, esto es, las razones que en términos generales pueden llevar a los profesionales al ejercicio colectivo a través de una sociedad profesional, corresponde ahora examinar los efectos eficientistas de la responsabilidad en el ejercicio societario de la profesión, esto es, las ventajas específicas que en términos económicos se derivan de la elección de una sociedad de responsabilidad ilimitada o limitada.

### **I. EFICIENCIA DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE RESPONSABILIDAD ILIMITADA.**

Aunque, a primera vista, pudiera parecer lo contrario, la presión de la eficiencia puede motivar a los profesionales a acogerse a una sociedad de responsabilidad ilimitada para el ejercicio conjunto de su profesión aún cuando el ordenamiento les autorice para limitar su responsabilidad frente a

---

associate career patterns". *Stand. L. R.*, 1989, vol.41, p.567; GILSON/MNOOKIN, "Sharing Among the human capitalist: and economy inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stand. L. R.*, 1985, vol.37, p.313 y ss; F.W.LAMBERT, "An academic visit to de modern law firm: considering a theory of promotion-driven growth", *Michigan Law Review*, vol.90,núm.6, Mayo 1992,p.1719 y ss; M.GALANTER/T.PALAY, *Tournament of Lawyers*, Chicago: University of Chicago, 1991.

terceros. La razón última que explica esta elección descansa en la *internalización de costes* que, con carácter general, provoca la ilimitación de responsabilidad (v. *infra* 1) y, en concreto, en el nivel de control interno entre los socios (*monitoring*) que la misma genera en estas sociedades, con la consiguiente garantía de calidad de los servicios prestados (v. *infra* 2 ss).

1. La *internalización de costes* es sin duda, la función que mejor explica con carácter general la eficiencia de la responsabilidad ilimitada. La obligación general de responder con todos los bienes presentes y futuros (Art. 1.911 CC) provoca el que los individuos asuman *ex ante* todos los riesgos inherentes a su comportamiento, al tener que afrontarlos con todo su patrimonio en el caso en que estos se materialicen. Esta internalización adquiere una relevancia esencial en el ámbito profesional, especialmente proclive a las asimetrías informativas.

Así es, las relaciones profesionales presuponen normalmente como hemos dicho una incompleta información del cliente sobre la calidad del servicio profesional que recibe, lo que justifica la necesidad de protección del individuo desinformado. La "amenaza" de la responsabilidad ilimitada sobre la totalidad del patrimonio del profesional constituye sin duda, el mecanismo más eficaz para asegurar la diligencia en su actuación<sup>385</sup>. Naturalmente una mayor diligencia redunda en una mayor calidad de los servicios prestados. En definitiva, la asunción voluntaria de responsabilidad ilimitada por parte del

---

<sup>385</sup>No obstante debe aclararse que la función de las reglas que regulan la responsabilidad civil, esto es, los artículos dedicados a la responsabilidad contractual y extracontractual no cumplen *normativamente*, una función preventivo-punitiva sino una finalidad meramente compensatoria (Vid. por todos F. PANTALEON "El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", ADC, 1.991, pp. 1020 ss; y F. PANTALEON, *Comentario*, II, pp. 1.971-1.973). Dicho esto, debe reconocerse sin embargo, que la "amenaza" de tener que indemnizar puede, en algunos casos, influir en la conducta de los sujetos induciéndoles a actuar de forma cuidadosa. Es precisamente la repercusión de esta "amenaza" sobre la conducta de los profesionales, la que ahora tratamos bajo lo que podría denominarse *efecto preventivo* de la responsabilidad, en el bien entendido, insistimos, que no es ésta la función normativa de la responsabilidad civil.

profesional actúa como un *bonding* o garantía que éste ofrece a su clientela para asegurarle la calidad de los servicios ofrecidos. El cliente puede confiar en que el profesional actuará diligente y lealmente porque, en último extremo, sabe que se está jugando todo su patrimonio en el caso de que resultara responsable por negligencia o deslealtad. Desde este punto de vista, bien puede afirmarse que la ilimitación de responsabilidad consigue en nuestro ámbito neutralizar los efectos perversos de las asimetrías informativas, garantizando a su vez la calidad de los servicios profesionales<sup>386</sup>.

2. Este efecto se intensifica notablemente en el marco de las sociedades de responsabilidad ilimitada. La razón puede comprenderse sin dificultad. En estas sociedades no sólo responde el profesional individual sino además todos los socios por cualquier deuda social, lo que aumenta en todos los socios los incentivos adecuados para controlar la conducta y la actuación de los demás socios (*monitoring*)<sup>387</sup>. El control recíproco de los miembros intensifica, a su vez, la diligencia de cada profesional en su actuación y por ello la calidad de sus servicios, lo que finalmente redundará en una mayor calidad del servicio prestado por la sociedad<sup>388</sup>. En este sentido bien puede afirmarse que la labor de *monitoring* cumple una función de *aumentar los costes de agencia*

---

<sup>386</sup>Para una síntesis de las argumentaciones que basadas en la protección de los terceros han venido justificando la ilimitación de responsabilidad de los profesionales v. J.L.CARR/G.F.MATHEWSON, "Unlimited liability as a barrier to entry", J.Pol.Econ., 1.988, vol.96,n.4, pp.766 ss.

<sup>387</sup>Vid. de nuevo supra § 17.1.3.

<sup>388</sup>Esta ha sido la explicación tradicional que ha venido justificando la imposición de la responsabilidad ilimitada en el marco de las sociedades profesionales. La intensificación de control entre los socios y el consiguiente aumento de la calidad de sus servicios servirían así para proteger a los terceros desinformados. Una consideración crítica a esta postura tradicional puede verse en RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", *WPS*, 1.996, al que posteriormente nos referiremos.

*internos y reducir los costes de agencia externos, facilitando con ello la contratación de servicios profesionales*<sup>389</sup>.

Como puede suponerse *el volumen o intensidad del monitoring* en las sociedades con responsabilidad ilimitada es superior al de las sociedades con responsabilidad limitada. En efecto, en ambas los socios participan en los beneficios de la sociedad<sup>390</sup>, participación que, por sí sola, genera los incentivos para que cada socio controle de forma efectiva al resto de miembros del equipo, y ello porque, en la medida en que se intensifique el capital humano de los socios, se incrementarán los beneficios de la sociedad, y en esa medida mayor será la ganancia de los mismos. Pero en las sociedades con responsabilidad ilimitada, tal y como hemos señalado, existe, además una seria amenaza para el patrimonio personal de cada uno, patrimonio que resulta ilimitadamente responsable de los errores o *mala praxis* cometidos por cualquiera de los socios dentro del marco societario. La amenaza pues, no es sólo la pérdida de lo aportado -como sucede en las sociedades de riesgo limitado- sino la afectación de todo su patrimonio personal. En definitiva, *ceteris paribus*, si no se intensifica el monitoring, la pérdida esperada para

---

<sup>389</sup> Ha de advertirse sin embargo, que la ilimitación de responsabilidad de estas sociedades no es el único método que ofrezca garantías a los terceros para que se avengan a contratar los servicios profesionales. La constitución de sociedades profesionales de responsabilidad limitada adecuadamente capitalizadas, es decir, sociedades que cuenten con un capital suficiente para cubrir la eventual responsabilidad originada por la actividad profesional, podrían constituir asimismo un método alternativo que cumpliera la misma función. El realizar un fuerte desembolso económico que garantice la eventual responsabilidad surgida del desarrollo de la actividad profesional puede sin embargo, resultar una solución ineficiente si se tiene en cuenta la finalidad que tiene el patrimonio en este tipo de sociedades. En efecto, la finalidad del capital en las mismas no es una finalidad de explotación, sino de garantía frente a terceros<sup>389</sup>. La constitución de un capital de garantía es considerado económicamente como un seguro para los clientes, lo que implica en definitiva concebirlo como una cifra de retención. No resulta difícil comprender que la retención de forma permanente un capital, en vez de su utilización al uso más adecuado en cada caso concreto, determina la ineficiencia de esta solución, por lo que la adopción de este tipo sociedades debe, en términos generales, rechazarse como un mecanismo alternativo a la ilimitación de responsabilidad. Otra cosa sería una especie de autoseguro, esto es, comprometer hasta una cantidad determinada de dinero sin que la misma deba estar enteramente desembolsada. Por ejemplo todos los profesionales aportan un millón de pesetas, pero se comprometen a pagar en su caso, hasta diez millones cada uno. Estos millones restantes actúan pues como una cifra de garantía que únicamente se desembolsarán si hace falta.

<sup>390</sup> Vid. de nuevo supra § 17.1.3.

cada socio de una sociedad de responsabilidad ilimitada aumenta respecto a de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada.

*La consecuencia lógica de una intensificación de control recíproco en sociedades de responsabilidad ilimitada, es como puede imaginarse, la imputación de su coste en el precio final de los servicios.* En efecto, si con la responsabilidad individual del profesional, se logra por principio un nivel idóneo de diligencia, necesariamente la responsabilidad ilimitada de los demás socios genera un aumento de control (y de la diligencia) “excesivos” con relación al profesional individual, lo que en definitiva se traduce en un encarecimiento de los servicios profesionales, esto es, en un sobreprecio<sup>391</sup>.

3. Consecuentemente, para determinar la eficiencia de la elección de un tipo social con responsabilidad ilimitada, habrá de determinarse si el coste que implica el mayor volumen de *monitoring* viene compensado o no por el aumento en el precio que los clientes están dispuestos a pagar a cambio del

---

<sup>391</sup> Este sobreprecio que debe pagarse por la intensificación de control entre los socios ha sido aducido por algunas voces de la doctrina para manifestar en términos generales la *ineficiencia* del mecanismo de la responsabilidad ilimitada y solidaria entre los socios. En este sentido L.GROSS, "Contractual Limitations on Attorney Malpractice Liability: an Economic Approach", *Kentucky Law Journal*, 1987, vol.75, pp. 793 ss; RIBSTEIN, "The Deregulation of Limited Liability and the death of Partnership", *Wash.U.L.Quartely*, 1992, vol.70, pp.417-475, 435. Este autor afirma que no merece la pena pagar un sobreprecio, toda vez que los propios clientes pueden efectivamente monitorizar la actuación de los profesionales que contratan ("*the clients themselves effectively can monitorig their own cases through corporate legal departments, general practitioners who review the work of medical specialists, and, in the United Kindom by solicitors who employ barristers to try cases*"). No compartimos la opinión del autor en términos generales. Habrá casos en que el propio cliente, por ser una gran compañía con su propia asesoría jurídica podrá monitorizar la actividad de la sociedad profesional y no le merezca la pena pagar este sobreprecio a la sociedad. Pero en aquellos otros casos donde su monitorización no sea directa, esto es, necesite acudir a un profesional u organismo ajeno a la sociedad para que "fiscalice" la actividad de la primera deberá obviamente realizar también un pago adicional que acabará por incrementar igualmente -incluso aún más- el precio final del servicio requerido. Debe aclararse además que no siempre la intensificación de control entre los socios que genera la ilimitación tiene como consecuencia un considerable aumento del precio de los servicios. En efecto, no ha de perderse de vista el tipo de sociedad a la que nos referimos: sociedades en la que los profesionales miembros son socios activos, dedicando, sino todo, la mayor parte de su tiempo a trabajar en la sociedad. Salvo casos de sociedades dispersadas en distintos lugares geográficos, o sociedades multiprofesionales, la labor de supervisión no resulta tan costosa como sucedería en sociedades con socios pasivos, esto es, sociedades de estructura corporativa, donde aparecen claramente diferenciadas la propiedad y la gestión de la misma. Por ello no siempre el *monitoring* debe traducirse en un "considerable" o "notable" aumento del precio final.

mismo, incremento de precio que sólo será posible si los clientes están en condiciones de apreciar la existencia de un mayor nivel de calidad logrado gracias al aumento del volumen de control. Esto es, lo que debe ponderarse es el *tradeoff* entre el *coste-beneficio* del *monitoring* entre los socios.

a) En este sentido debe afirmarse en primer lugar, que la ilimitación de responsabilidad tiene un importante efecto, tanto sobre el *tamaño*, como sobre el *objeto social* de las sociedades profesionales.

aa) En relación al tamaño debe afirmarse que la responsabilidad ilimitada de los socios *incrementa los costes de añadir nuevos profesionales* en comparación con la regla de responsabilidad limitada. En efecto, cada nuevo profesional incrementa las oportunidades para una nueva *mala praxis* o una conducta que puede acarrear responsabilidades adicionales para la sociedad y sus miembros, lo que hace más costoso el *monitoring*. La consecuencia de la ilimitación es clara a este respecto: la misma acaba provocando una *reducción del tamaño* de las sociedades. Reducción que por lo demás, resulta constatada empíricamente en aquellos ordenamientos donde se permite la libre elección de estructuras societarias para el ejercicio de la profesión<sup>392</sup>.

bb) Asimismo, la responsabilidad ilimitada de los socios incrementa también los costes de agencia en sociedades multiprofesionales. En efecto, *la responsabilidad ilimitada constituye un freno importante a la diversificación profesional*, toda vez que la asociación de varias especialidades incrementa el riesgo de responsabilidad de los profesionales, cuya capacidad de *monitoring* viene limitada normalmente por la experiencia profesional personal<sup>393</sup>. La

---

<sup>392</sup>Vid., RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", WPS, 1.996, p.25.

<sup>393</sup>Así, RIBSTEIN, "Ethical Rules, Agency Costs and Law Firm Structure", WPS, 1.996, p.26.

consecuencia de la ilimitación a estos efectos provoca pues, la reducción de sociedades multidisciplinarias.

b) A la vista de estas consideraciones la cuestión se centra en dilucidar cuando, a pesar de todas estas circunstancias, puede predicarse la eficiencia de la ilimitación. La respuesta, puede comprenderse sin dificultad: *las sociedades de responsabilidad ilimitada son contractualmente eficientes en todos aquellos casos donde el monitoring es valorable por los clientes*<sup>394</sup>, esto es, en aquellos casos -cualquiera que sea el tamaño y objeto de la sociedad- donde los clientes perciben la existencia de un monitoring efectivo y están dispuestos a pagar la cantidad adicional que exige el aseguramiento de ese control efectivo, y por ende la calidad del servicio profesional<sup>395</sup>.

No es ésta sin embargo una opinión del todo pacífica. Algún autor entiende que no es necesario acudir a la responsabilidad ilimitada como mecanismo para asegurar la calidad de los servicios prestados. La importancia que la reputación adquiere en el campo profesional, es motivo suficientemente importante para evitar la mala praxis de la sociedad -cualquiera que sea su régimen de responsabilidad- asegurando igualmente la calidad de los servicios

---

<sup>394</sup>En concreto CARR y MATHEWSON entienden que "*general partnership can be an efficient contract for firms in which monitoring is valuable for clientes because holding monitors personally libale makes it costly for professionals to "bribe" them*". Presumiblemente -como afirma RIBSTEIN comentando a los autores recién mencionados-, el soborno al que aluden "*could be in the form of receiving a share of the extra income the co-partner produces for the firm*". Vid. L.CARR/MATHEWSON, "The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organizations of the Firm", en *J.L. & Econ.*, 1.990, vol.33, pp. 307, 321-322; RIBSTEIN, "The Deregulation of Limited Liability and the death of Partnership", *Wash. U.L. Quartely*, 1.992, vol.70, pp.417-475, 435.

<sup>395</sup>En este sentido CARR/MATHEWSON, "The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organizations of the Firm", en *J.L. & Econ.*, 1.990, vol.33, pp. 307, 321-322. En un trabajo anterior estos autores sostenían sin embargo en términos generales la ineficiencia de la ilimitación. En este sentido afirmaban que la reponsabilidad ilimitada, "*reduce the ability of firms to enter the capital market, increase costs, and reduce competition; as such, unlimity liability facilitates local monopolies, protecting the rents of these firms. At one level of generality these results are nor surprising; selectively applied liability rules invariably constitute barriers to entry*". CARR/MATHEWSON, "Unlimited liability as a barrier to entry", *Journal of political economic*, 1.988, vol.96,n.4, p.768.



prestados<sup>396</sup>. Frente a esta consideración hemos de afirmar que si en efecto una vez que se ha logrado consagrar una buena reputación en el mercado el hecho de acogerse a una sociedades de responsabilidad limitada no va a hacer descuidar a los profesionales la reputación adquirida, este incentivo reputacional no funciona en todos los casos. En efecto, sociedades pequeñas o sociedades que están iniciando su vida profesional, o aquellas otras que están cerca de una disolución por problemas económicos, pueden no tener un capital sustancial ni un interés significativo en proteger su reputación. Los socios pueden renegar de sus promesas de monitoring e ignorar la malpractice de los otros en tanto que sigan participando en las ganancias de la sociedad. En cambio la responsabilidad ilimitada, como sustituta de la reputación o de un capital adecuado, puede constituir una señal para los clientes que disminuya el shirking de los socios y que protega de cualquier otra conducta de azar moral entre los socios<sup>397</sup>.

## II. EFICIENCIA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL CON RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1. Examinada la eficiencia de la ilimitación de responsabilidad, de lo que ahora se trata es de analizar las ventajas que en términos económicos se derivan de la elección de una sociedad de capital para el ejercicio colectivo de la profesión, esto es, determinar desde una perspectiva contractual del derecho de sociedades, la eficiencia económica de las sociedades profesionales de responsabilidad limitada.

---

<sup>396</sup>En este sentido RIBSTEIN, "The Deregulation of Limited Liability and the death of Partnership", *Wash.U.L.Quartely*, 1.992, vol.70, pp.417-475, 435. Más matizadamente, CARR/MATHEWSON, "Unlimited liability as a barrier to entry", *J.Pol.Econ.*, 1.988, vol. 96.n.4, p.779.

<sup>397</sup> CARR/MATHEWSON, "The Economics of Law Firms: A Study in the Legal Organizations of the Firm", en *J.L. & Econ.*, 1.990, vol.33, pp. 307, 321-322.

2. Dos son fundamentalmente las ventajas que la limitación de responsabilidad ofrece con carácter general a quienes deciden constituir una sociedad de capital. En primer lugar, la utilidad de las mismas reside precisamente en responder de las deudas de la sociedad con el límite del patrimonio que se identifica como responsable *a priori*, esto es, en poner un techo a la responsabilidad de los socios. La importancia de esta limitación reside en que la misma genera una *diversificación* de los riesgos asumidos por los socios y con ello una reducción de su aversión al mismo<sup>398</sup>. Junto a la diversificación de riesgos, la responsabilidad limitada cumple una importante función de *reducción de los costes de agencia internos*. En efecto, la limitación de responsabilidad determina de antemano el patrimonio responsable al que habrán de contribuir todos los socios. Ya no habrán de controlarse las actuaciones y contratos que los socios realicen con los bienes que *no estén afectos a ese patrimonio social*. Se anulan con ello todos los costes vinculados a la vigilancia por los socios del patrimonio social del resto<sup>399</sup>, reduciéndose así el volumen y por tanto el coste de *monitoring* entre los socios<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup>El estudio de los beneficios de la responsabilidad limitada más completo que se ha ofrecido hasta el momento por la doctrina norteamericana es el trabajo de F.H.EASTERBROOK/D.FISCHEL, "Limited Liability and the Corporation", *U.Chi.L.Rev.*, vol.52, 1.985, pp. 89 ss.

<sup>399</sup>Por el contrario en las sociedades de responsabilidad ilimitada el hecho de que todos los socios respondan personalmente -de forma subsidiaria- de las consecuencias perjudiciales de los demás, incrementa, como vimos, los costes de vigilancia entre ellos. Si cualquiera de los profesionales socios despilfarra su capital, ello implicará una disminución de la cifra de garantía de responsabilidad frente a los acreedores que tendrá que suplirse por el resto de socios. De ahí el interés en controlar la utilización del patrimonio ajeno.

<sup>400</sup>Debe advertirse sin embargo que en ocasiones, la disminución de los costes de vigilancia del patrimonio de los socios, no afecta al coste de vigilancia de la actividad de los mismos. Nos referimos en concreto a aquellas sociedades que pretenden adquirir o preservar una reputación ya adquirida en el tráfico. La importancia que la reputación presenta para las mismas puede no hacer bajar la guardia a sus socios en cuanto a su actividad personal y control de la actividad profesional del resto de colegas. En efecto este tipo de sociedades pueden tener importantes incentivos para el *monitoring* en orden a proteger el valor de su reputación. (En este sentido RIBSTEIN, "The Deregulation of Limited Liability and the death of Partnership", *Wash.U.L.Quartely*, 1.992, vol.70, pp.417-475, 435. Más matizadamente, J.L.CARR/MATHEWSON, "Unlimited liability as a barrier to entry", *J.Pol.Econ.*, 1.988, vol.96,n.4, p.779). En todo caso y aún siendo ello así lo cierto es que el

3. La ventaja que la limitación de responsabilidad puede representar para los socios, puede sin embargo parecer un inconveniente a la hora de contratar con terceros, toda vez que dicha limitación origina un *aumento de los costes de agencia externos*. En efecto, la limitación de responsabilidad provoca la necesidad de una mayor vigilancia por parte de los terceros sobre el patrimonio responsable de la sociedad. Vigilancia que habrá de llevarse a cabo, tanto en el momento de la contratación, como a lo largo de toda la existencia de la relación, a fin de evitar que la cifra de responsabilidad con la que se cuenta como garantía no se desvanezca, toda vez que la sociedad sólo responde con su propio patrimonio en cada momento.

Este "inconveniente" para los terceros puede agravarse aún más por el peligro de la *externalización*, la cual representa los costes que arrojan las decisiones de inversión de la sociedad sobre los terceros y cuya causa última reside precisamente en la limitación de responsabilidad<sup>401</sup>. En efecto, los socios, a la hora de elegir qué actividades van a afrontar, no van a tener en cuenta las pérdidas cuyo valor exceda del patrimonio social porque sólo responden con éste. La limitación de responsabilidad provoca que la sociedad no tenga en cuenta todos aquellos costes generados por las actividades o servicios a los que se compromete *que excedan* de capital con el que *ex ante* se ha comprometido a responder. El coste que genera esta actitud se mide por

---

grado de monitoring se ve reducido en relación a las sociedades de responsabilidad ilimitada puesto, que en las que ahora nos ocupan, lo que experimenta en todo caso una disminución es el control sobre el patrimonio del resto de socios no afecto a la responsabilidad societaria.

<sup>401</sup>Para el estudio de la misma dejaremos a un lado el hecho de que, como actuante, el profesional individual debe responder frente a terceros de las consecuencias dañosas de su actividad profesional, aún habiendo contratado el cliente con la sociedad. El que esta responsabilidad *qua profesional* se active cualquiera que sea el tipo social escogido para el ejercicio de la profesión, -siendo por tanto igualmente exigible en sociedades de personas y de capital-, es lo que va a hacer que en este momento no se tenga en consideración, centrándonos pues, en lo que separa en términos generales a las sociedades que ahora nos ocupan y las de personas: la limitación de responsabilidad de las primeras.

la indemnización que *debería* pagar la sociedad a los terceros dañados por encima de ese patrimonio previamente comprometido, y que obviamente no pagará al haber limitado su responsabilidad. A ese diferencial se denomina *externalidad negativa*, esto es, el coste que provoca la producción por encima del óptimo, que se arroja sobre los terceros, no siendo asumido por la parte que los genera. En este sentido se aduce que la limitación de responsabilidad genera en definitiva una *internalización parcial* de los costes generados por la actividad realizada; el resto de los costes se trasladan directamente a quienes utilizan esos servicios profesionales<sup>402</sup>.

Así las cosas no debe extrañar que a primera vista, suela afirmarse que las sociedades de capital ofrecen, *ceteris paribus*, menos garantías o alicientes para la contratación con los terceros que las sociedades de personas, en las que como es sabido la responsabilidad ilimitada obliga a los socios a la internalización de todos los costes asociados a los servicios prestados por la sociedad.

4. Sin embargo ello no siempre es así. En primer término y con carácter general ha de afirmarse que la externalidad negativa no se produce en el caso de los terceros contratantes<sup>403</sup>. En efecto, los costes que se suponen

---

<sup>402</sup>Este peligro se agrava dramáticamente en el caso de sociedades infracapitalizadas. (V. ampliamente sobre la cuestión PAZ-ARES, "La infracapitalización", RdS, 1.994, nº.extr.) Hemos querido poner de relieve esta cuestión porque normalmente las sociedades profesionales no suelen estar adecuadamente capitalizadas, esto es, no cuentan con un capital social suficiente para afrontar los riesgos derivados de la *mala praxis* de sus socios. Infracapitalización que, sin embargo, puede justificarse en términos de eficiencia, si se tiene en cuenta que la finalidad que tiene el patrimonio en este tipo de sociedades no es una finalidad de explotación, sino de garantía frente a terceros. En efecto, la constitución de un *capital de garantía* es considerado económicamente como un seguro para los clientes, lo que implica en definitiva concebirlo como una cifra de retención. Es precisamente la retención de forma permanente de un capital, en vez de su utilización al uso más adecuado en cada caso concreto, lo que determina la ineficiencia de capitalizar adecuadamente estas sociedades.

<sup>403</sup>En este sentido la interpretación que aquí se propone es fruto de la aplicación de las ideas que en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada plantean EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, pp. 49-54, y en nuestra doctrina de PAZ-ARES, "Infracapitalización", RdS, 1.994, trasladadas al ámbito profesional que a nosotros nos ocupa.

soportan los clientes son asumidos por los mismos en el momento de la contratación. Los clientes, al contratar con una sociedad de responsabilidad limitada, están asumiendo el riesgo de que, el capital con el que la sociedad ha garantizado su responsabilidad, no sea suficiente para cubrir una indemnización completa por un eventual daño causado por este último. En contraprestación a la asunción de este riesgo los clientes racionales realizarán un descuento que se traduce normalmente en una reducción del precio que están dispuestos a pagar por esos servicios. Reducción del precio que incorpora además el incremento del coste de vigilancia inherente a la contratación con estas sociedades que también hemos explicado. De verificarse la contratación con esa condición de un precio más reducido, los clientes están ahorrándose una "prima" en el pago de unos servicios que, en caso de haber contratado con sociedad de responsabilidad ilimitada se habría imputado directamente en el precio final de esos mismos servicios. Se ahorran en definitiva la prima correspondiente al riesgo de una indemnización incompleta. En ese ajuste contractual se logra así una solución que conviene a ambas partes, y, por tanto, un acuerdo eficiente<sup>404</sup>. Observéase que no hay externalización, puesto que todos los riesgos están internalizados, es decir contratados o asumidos voluntariamente<sup>405</sup>.

Pero es que además las sociedades profesionales de responsabilidad limitada ofrecen un importante "plus" de garantía a los terceros contratantes

---

<sup>404</sup>En este sentido S.WOODWARD, afirma en relación a los acreedores contractuales de una sociedad de responsabilidad limitada que *"the voluntary nature of the contracting creditor's acknowledgement of limited liability implies that the creditor assesses the risk of lending to a limited liability organization, and charges, accordingly for bearing that risk. All contracting risk-bearing parties are consequently, on average, fairly and competitively compensated"*. Palabras transcritas por PAZ-ARES, "La infracapitalización", RdS, 1.994, nº.extr.

<sup>405</sup>Así las cosas, el problema de las externalidades en el campo que nos ocupan sólo pueden predicarse de los terceros extracontractuales, esto es aquellos que viéndose afectados por los servicios o la actividad de la sociedad no han contratado *ex ante* con ella. El carácter involuntario de la relación impide el ajuste contractual. Para estos casos y con el fin de evitar la externalidad resultaría necesario bien establecer por ley la necesidad de un capital adecuado al nivel del riesgo extracontractual, o en su caso, la obligatoriedad de un seguro de responsabilidad civil. Sólo así podría evitarse la externalización.

frente al tipo general de las sociedades de capital. En efecto, aún cuando el tema será tratado *in extenso* en otro lugar (v. *infra* §27 ss) podemos ya adelantar que la limitación de responsabilidad propia de las sociedades de capital no excluye la responsabilidad personal individual del profesional individual que, como actuante, contrae frente al cliente. Así es, aunque el profesional actúe como miembro de la sociedad responde personalmente frente al cliente de las consecuencias dañosas de su actuación profesional, lo que -como hemos visto al analizar los efectos eficientistas de la ilimitación-, asegura un nivel idóneo de diligencia y calidad en el servicio prestado, cumpliendo así una función de garantía frente al cliente.

Por su parte, los profesionales que deciden acogerse a una sociedad de este tipo, disfrutan de las ventajas generales de la limitación arriba indicadas si bien con la particularidad de que su aversión al riesgo *no se neutraliza totalmente* con la limitación de responsabilidad societaria. En efecto, como hemos indicado, los profesionales deben seguir respondiendo personalmente *qua profesionales* de las consecuencias dañosas de su actividad profesional. La diversificación pues, únicamente se produce para las deudas no profesionales, y para aquellas profesionales que hayan cometido el resto de los colegas, que son precisamente sobre las que el profesional limita su responsabilidad, produciéndose en consecuencia una diversificación parcial de su riesgo<sup>406</sup>. En definitiva, puede afirmarse que la utilidad específica de las sociedades de capital para los profesionales se cifra en poder *limitar hasta la cantidad aportada, la responsabilidad por deudas ajenas a la propia*

---

<sup>406</sup>En este sentido: *At the very least, lawyer-owners should be able to choose, through incorporation, limited liability for the business, as opposed to the professional debts of the organization. When lawyers rent space, hire secretaries and purchase equipment, they act like any other businessperson. There is nothing peculiarly professional about these endeavors. This is the ordinary stuff of business. A lawyer-owner should not subject himself to any greater risk in contracting for these goods and services than would any other businessperson:* S.E.KALISH, "Lawyer Liability and Incorporation of the Law Firm", Arizona Law Review, 1987, vol.29, p.576.

*actividad profesional* (tales como daños de la sociedad a proveedores, incumplimiento societario con Hacienda, etc)<sup>407</sup>.

Por último, y con carácter general ha de recordarse que la limitación de responsabilidad societaria, lo mismo que la ilimitación, provoca efectos directos sobre el tamaño y el objeto social de las sociedades profesionales, si bien como puede imaginarse en un sentido diametralmente opuesto. En efecto, el hecho de que en estos casos los profesionales no respondan personalmente de las consecuencias perjudiciales de la actividad profesional de sus colegas constituye un aliciente para crear sociedades de más socios, sin necesidad de un incremento de los costes de vigilancia característicos de las sociedades de responsabilidad ilimitada. Por la misma razón la limitación de responsabilidad facilita especialmente la diversificación profesional, favoreciendo así la creación de sociedades multidisciplinarias.

### III. CONCLUSION.

A la vista de las consideraciones precedentes parece lógico concluir que la eficiencia de los tipos legales depende de las circunstancias y los intereses concretos que en cada momento rodeen la contratación, por lo que -como ya tuvimos ocasión de comprobar a propósito de la compatibilidad de la sociedad

---

<sup>407</sup> Esta ventaja de la diversificación parcial es la causa que la doctrina americana aduce generalmente como primer motivo de eficiencia en orden a la adopción de formas corporativas para el ejercicio de la profesión. Vid., N.SCHNEIDER en *Cincinnati law review*, vol.55, 1987, 785 y ss; J.M.GRIPPANDO, "Don't take it personally-limited liability for attorney shareholders under Florida's professional service corporation Act", en *Florida state university law review*, vol.15, 1987, pp. 279-320; R. CRAIGH HANNAH, "Professional corporations: shareholder liability and the saving clause", en *Arkansas law review*, vol.42, 1989, p.777 y ss; K.M.MAYCHEC, "Shareholders liability in professional legal corporations: a survey of the states", en *University of Pittsburgh Law Review*, vol.47, 1986, p. 817 y ss; D.PASS, "Professional Corporations and attorney-shareholders: the decline of limited liability", *The Journal of Corporation Law*, vol.11, n.1, 1.985, pp.371-390; C.M.C.KOMYATI, "Professional Legal Corporations: limited or unlimited liability for shareholders in Missouri after First Bank & Trust Co. v. Zagoria?", *Sant Louis University Law Journal*, vol.28, 1.984, pp.297-310; T.J.O'HEARN, "Professional Corporations. Shareholders liability in Ohio: confounding attorneys and others", *Akron Law Review*, vol.17,n.1, 1.983, pp.143-154.

profesional con los distintos tipos legales- también desde el punto de vista de la eficiencia debe afirmarse que la política más idónea en relación con los tipos societarios, no es la de imponer una solución uniforme aplicable a la actividad profesional, sino la de permitir a los profesionales la elección del modelo que prefieran, en atención a las particulares circunstancias del caso<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup>En este sentido v. CARR/MATHEWSON, "Unlimited liability as a barriers to entry", en *J.Pol.Econ.*, 1.988, vol.96, n.4, pp. 767-784, los cuales critican que para los servicios profesionales la regla general sea la imposición de de responsabilidad ilimitada frente a la posibilidad de elección del régimen de responsabilidad que se da en la ayoría del resto de campos.



**PARTE ESPECIAL. PARTICULARIDADES MAS  
SIGNIFICATIVAS DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS  
SOCIEDADES PROFESIONALES**



## CAPITULO QUINTO

### DENOMINACION SOCIAL Y REGIMEN DE APORTACION EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.

#### § 19. Denominación social de las sociedades profesionales.

##### I. PLANTEAMIENTO

Constatada la viabilidad de las sociedades profesionales para el ejercicio colectivo de la profesión el primer aspecto de régimen jurídico que se nos presenta es el de su identificación como persona jurídica. Como es sabido, el sistema de identificación de las sociedades viene determinado por su denominación, domicilio y nacionalidad. Estos dos últimos no ofrecen particularidad alguna a la hora de su aplicación en el campo de las sociedades profesionales por lo que procede remitir su análisis a los estudios que se han ocupado de los mismos con carácter general. Especial atención merece sin embargo la cuestión de la denominación social. Dos son en concreto las cuestiones que presentan un interés especial a los efectos que nos ocupan. De un lado, la *posibilidad de que estas sociedades adopten denominaciones objetivas*. En este sentido lo que se va a discutir es la conveniencia de mantener la exigencia de denominaciones subjetivas que establece imperativamente el legislador para las sociedades de personas (v. *infra* II). De otro, en materia de denominaciones subjetivas, la *conservación en la razón social del nombre de un socio que ha causado baja*. Y ello porque, como es sabido, nuestro Derecho parece partir de la necesidad de que en la denominación social subjetiva se incluyan sólo nombres de aquellos que tengan de presente la condición de socio colectivo (art. 126.2 del C de C, y art.401 RRM). Como veremos, esta

exigencia ha planteado graves problemas en las sociedades profesionales, en los casos en los que ha causado baja un socio cuyo nombre integrado en la denominación social ha adquirido una especial significación en el sector profesional (v. *infra* III).

## II.DENOMINACION SUBJETIVA *VERSUS* DENOMINACION OBJETIVA.

1. Tradicionalmente se ha venido señalando la necesidad de que la denominación social de las sociedades profesionales, se configure con los nombres de los socios que la componen, cualquiera que sea el tipo social al que se acojan. Dos son las razones que suelen argumentarse a tal efecto: la trascendencia que la personalidad de los socios tiene en el objeto social de las mismas, y su exigencia en razón de la transparencia y evitación del anonimato<sup>409</sup>.

2. De aplicarse esta solución las reglas serán, como podrá suponerse, las propias de las *denominaciones subjetivas* (arts. 126 y 147 C de C, y 401 RRM ).

a) Esto es, la razón social deberá constituirse mediante una *denominación transparente*, que refleje sino todos, sí el nombre de algún o algunos de los socios (arg. ex art. 126 C de C)<sup>410</sup>. En el caso de

---

<sup>409</sup> Así, LYON-CAEN, *L'exercice en société*, p.96. En Italia, la ley n. 1815/1939, establece que los profesionales asociados en sus relaciones con terceros utilicen la denominación de "estudio técnico, legal, comercial, contable, administrativo o tributario", seguido del nombre y apellido de todos los socios junto con los correspondientes títulos profesionales. La doctrina justifica la imposición de una efectiva transparencia en la composición interna de la sociedad, en base a consideraciones de orden público y a una efectiva tutela de la confianza de los terceros, las cuales deben imponer esta solución (la transparencia) cualquiera que sea el tipo societario eventualmente acogido por los profesionales "*D[el] modo che sia possibile accertare da parte del cliente quali soggetti, tutti chiaramente muniti delle eventualmente necessarie abilitazioni, autorizzazioni ed iscrizioni facciano effettivamente parte della società, cosichè l'elemento fiduciario validamente potrà spotarsi dal singolo professionista al gruppo di professionisti*": RESCIGNO, *Le società di professionisti*, pp.88 ss.

<sup>410</sup> *Contra*, aquellos autores que entienden que en el ámbito societario profesional es necesario que se mencione el nombre de todos los socios. Así por ejemplo, STRUPPA, afirma que la necesidad de mencionar el nombre de todos los socios, se fundamenta en la dignidad para los mismos y en la certeza absoluta para los

mencionarse solo el nombre de algunos de ellos, deberá, tal como preve la ley para las colectivas, añadirse las palabras "y compañía"<sup>411</sup>. Este tipo de indicación (u otros semejantes tales como "y otros" "y asociados") resultará necesaria en cualquier sociedad profesional cuando en la razón se incluya únicamente el nombre de uno o algunos de los socios, respondiendo así al llamado *principio de veracidad*<sup>412</sup>. Gracias a esta composición subjetiva de la razón social, los terceros tienen, no sólo la certeza de que todos los socios responderán ilimitadamente por las deudas sociales, sino que tienen derecho a conocer el nombre de al menos uno de estos socios<sup>413</sup>. En el derecho comparado, las leyes profesionales suelen exigir además, junto al nombre de los socios, sus cualificaciones profesionales<sup>414</sup>.

---

terceros que contratan con la sociedad. La no mención de determinados socios -afirma- acabaría convirtiéndolos en socios de segunda categoría. Una cosa dice, es que a pesar de la inclusión de todos los socios en el nombre social, la sociedad sea conocida con el nombre del primer o dos primeros socios, circunstancia práctica que no impide, y esto es lo importante, que se respete el derecho de todo socio a ser mencionados en los actos oficiales de la sociedad, y otra muy distinta el que se les releve a un segundo plano por su anonimato en el nombre social (G. STRUPPA, "Ossevizioni sulla struttura delle società di professionisti", en *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp.302-319). A nuestro juicio esta postura no puede compartirse sin graves reservas. En efecto, la posibilidad de utilizar sólo el nombre de algunos socios, aporta estabilidad a la sociedad que, en caso contrario, vendría obligada (*ex art.* 401.4 R.R.M.) a modificar sus estatutos cada vez que se alterara la composición de sus miembros.

<sup>411</sup>"[E]n la práctica no parece entenderse que estas palabras tengan un valor sacramental (...). Sin duda el fin de la ley es cortar toda posible duda acerca de que hay Sociedad y del tipo de la Colectiva": GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 413. Reconocido esto, y negando el carácter sacramental especialmente por lo que se refiere al fin de la existencia de la sociedad el autor puntualiza sin embargo su afirmación afirmando que "no es tan claro que, a los fines registrales y de regularidad, no deba exigirse rigurosamente la mención".

<sup>412</sup>En efecto, si faltase de hecho una expresión de este tipo se estaría ocultando a los terceros la existencia de otros socios no expresamente mencionados. La falta pues, de una indicación semejante induciría pues, a engaño respecto a la composición real de la sociedad. Naturalmente es también consecuencia directa del principio de veracidad la exclusión del tipo de indicaciones apuntadas en el texto, en aquellas razones sociales compuestas por el nombre de todos sus socios. Si a las mismas se añadiera cualquiera de las indicaciones mencionadas se estaría simulando la presencia de socios en realidad inexistentes. Vid. COSTI, *Il nome*, p. 224-225; HENSSLER, *PartGG*, & 2, p.106.

<sup>413</sup>Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 411; COSTI, *Il nome*, p. 203. En el caso de la comandataria, la obligación de que figure necesariamente el nombre de, por lo menos un socio colectivo, prohibiéndose además la inclusión del nombre de un comanditario (arg. *ex art.* 146 del C de c, y art. 365.2 del R.R.M), se encuentra en la misma línea. Así se confirma también por la doctrina italiana en relación a la comandataria para la que se preve una regulación semejante. Así, G.GUGLIELMETTI, "Questioni in tema di ragioni e denominazioni sociali e loro contenuto", *Riv.Soc.*, 1.968, pp. 478 ss. 471.

<sup>414</sup>La ley francesa del 66 sobre sociedades civiles profesionales francesas, exige además del nombre de por lo menos uno de los socios -seguido de los terminos "y otros"- la indicación de la cualificación y títulos profesionales de los socios mencionados (F.TERRE, "La revision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles, 23 décembre 1972", JCP, 1.973, Doctrine, 2.554, recoge en este sentido la justificación que en el debate parlamentario para la aprobación de la ley motivo esta decisión "*Nous avons voulu affirmer le caractère de société de personnes de la société civile professionnelle et c'esta la raison pour laquelle nous avons indiqué que la denomination social ne doit avoir aucun caractère commercial, mais au contraire, être constituée par les noms de tous les associés éventuellement suivis de leurs qualifications professionnelles*"). En

b) Respecto a qué *contenido* debe otorgarse al nombre del socio, esto es, si es necesario el nombre completo -es decir, nombre de pila más los apellidos-, o si vale la inicial más apellido o sólo el apellido, es suficiente con que figure por lo menos el apellido de uno de los socios (arg. *ex art.* 400.2 RRM)<sup>415</sup>. La disposición legal sirve también para considerar prohibida la posibilidad de utilizar las siglas de los socios o los pseudónimos<sup>416</sup>.

c) El carácter personal de la razón social de una sociedad profesional no se vería contradicho por el hecho de que en la razón social aparezca el nombre de una sociedad-socio, incluso aunque sea una sociedad de capital la cual bien pudiera tener una denominación de fantasía<sup>417</sup>. Ahora bien, en estos juega un papel principal en la configuración del nombre social la dicción "y Cía" , "sociedad en comandita" "sociedad civil" o la que corresponda en su caso.

---

relación a la indicación de la titulación profesional de los socios en la razón social, lo cierto es que no obstante el tenor de la ley, la doctrina estima como no necesaria esa última indicación (Vid. en este sentido los argumentos de F.TERRE, "La revision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles, 23 décembre 1972", JCP, 1.973, Doctrine, 2.554, y allí ulteriores referencias). La misma solución se ha adoptado en Alemania, en el § 2 de la *Partnerschaftsgesetz*, debiendo indicar junto con los nombres de los partners (no es necesario que aparezcan todos), la designación de todas aquellas profesiones que los socios ejercen en nombre de la *Partnerschaft* (V.SEIBERT, *Die Partnerschaft*; SALGER, *Münchener Handbuch*, § 32.II); HENSSLER, *PartGG.*, & 2, p.107).

<sup>415</sup>Esta es la misma solución que se ha dado hasta hoy por legislador alemán del HGB en su § 19 III, al establecer que el nombre de la OHG o de la KG el nombre de pila no es necesario. Vid. a este respecto P.HOFMANN, "Der Grundsatz der Firmenwahrheit", JuS, 1.972, pp. 233 ss. Ha de advertirse sin embargo, que recientemente se ha aprobado un proyecto de ley (de 18.7.1996) sobre reforma del derecho mercantil, el cual ha procedido entre otras cosas a la liberalización del *Firmenrecht*. Sin perjuicio de analizar el mismo posteriormente -infra nt.437, adelantamos ya que el proyecto ha suprimido la necesidad de una denominación transparente para las sociedades personalistas. De ahí que consecuentemente se haya suprimido toda referencia al nombre de los socios. Sin embargo el mencionado proyecto, consciente de las posibles particularidades de determinadas formas societarias (entre ellas las de la *Partnerschaft*), entiende que las disposiciones que en ellas se contengan referidas al nombre social deben, por los intereses a los que están llamados a proteger, quedar inalterados, no obstante esta nueva regulación. De este modo el nombre de la *Partnerschaft* (§ 2), seguirá conteniendo como hemos indicado los nombres de los partners. No obstante esta derogación, el § 19.3 HGB que establece que "*Die Beifügung von Vornamen ist nicht erforderlich*", permanece inalterado, encontrando también aplicación en la regulación de la *Partnerschaftsgesetz*. El proyecto puede consultarse en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, "RefE Handelsrechtsreform- Firmenrecht", 1.996, pp. 1.409 ss; sobre el nombre de las *Partnerschaft*, vid. SALGER, *Münchener Handbuch*, § 32.II.

<sup>416</sup>Sobre la posibilidad de utilizar siglas o pseudónimos vid. en el ordenamiento italiano COSTI, *Il nome*, pp. 208-212, el cual responde negativamente a las primeras por la falta de capacidad distintiva que se pretende (p. 210), mostrándose más dudativo respecto de los pseudónimos según la importancia y la difusión que los mismos pueden haber alcanzado en relación a la identificación de una persona concreta (p 211). Por su parte, la doctrina alemana no resulta pacífica tampoco en relación a la posibilidad de utilizar pseudónimos en la denominación de la *Partnerschaft*. A favor, siempre cuando se trate de un pseudónimo por el que el socio aportante sea conocido en el sector profesional, MEILICKE, en AAVV, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, § 2, marginal 2, pp. 60-61. *Contra*, SALGER, *Munch.Hdb.GesR*, I. & 32, marginal 7.

<sup>417</sup>Esto no puede suceder sin embargo en la *Partnerschaftsgesellschaften*, en la cual sus miembros deben ser únicamente personas físicas (art.1 § 1.1)

Indicaciones éstas que tendrán que venir dispuestas de manera que, inequívocamente, evite la duda sobre el tipo social de que se trata<sup>418</sup>.

d) Consecuencia del principio de veracidad y del carácter personal de la razón social, es también la prohibición de utilización en la razón social del nombre de una persona ajena a la sociedad, así como la prohibición de utilización de añadidos engañosos.

aa) Con la primera prohibición el legislador ha pretendido evitar los perjuicios y confusión que, de otro modo, se podría producir a los terceros que contratan con la sociedad<sup>419</sup>. La cuestión que, sin embargo puede resultar dudosa a nuestros efectos es la *inserción en la denominación de las sociedades profesionales del nombre de algún miembro que siendo socio, no sea profesional*. La condición de socio, en efecto, le liberaría de la prohibición recién mencionada, sin embargo su inclusión como parte de la denominación podría originar confusión en la clientela que, pudiera pensar que los nombres mencionados en la razón de una sociedad que se dedica a la prestación de servicios profesionales se corresponden con el de los profesionales miembros. A nuestro juicio, la cuestión planteada pasa por la debida separación entre lo que es la condición de socio por un lado, y la condición o cualificación requerida para poder llevar a cabo servicios profesionales de otro. Garantizado el que la prestación de servicios profesionales sea realizada por las personas debidamente habilitadas, no se ve porqué debe impedirse la inclusión en el nombre social de socios no profesionales<sup>420</sup>.

bb) En relación a la segunda indicación apuntada, resulta asimismo consecuencia obvia del principio de veracidad prohibir la utilización de añadidos en la razón social que puedan producir equívocos en cuanto al tipo o las circunstancias de la actividad profesional desarrollada o de las relaciones entre los socios. Este tipo de prohibición alcanza todo su

---

<sup>418</sup>En este sentido GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 413; COSTI, *Il nome*, pp. 204-205, y allí bibliografía; En la doctrina alemana v. en relación a la actual regulación P.HOFMANN, "Der Grundsatz der Firmenwahrheit", JuS. 1.972, pp. 233 ss, 234, citando jurisprudencia en ese sentido. Hemos de advertir en todo caso, que lo afirmado en el texto, no varía con la regulación del proyecto de ley mencionado.

<sup>419</sup>Art. 126 II y III del C de c. (En todo caso sobre esta cuestión vid. lo que se dirá más adelante [infra]). Esta es la misma solución que se preve en la actual regulación de la Firma de la OHG, si bien la misma con el proyecto de ley mencionado en la nota anterior desaparece. No obstante, en el ámbito profesional esta prohibición continúa vigente para las Partnerschaft, si bien tras la aprobación de la nueva regulación, no será ya por vía de remisión a la OHG sino por el nuevo párrafo añadido al § 2 de la Partnerschaftsgesetz el cual establece que "Die Namen anderer Personen als der Partner dürfen nicht in den Namen der Partnerschaft aufgenommen werden". Vid. ZIP, "RefE Handelsrechtsreform- Firmenrecht", 1.996, pp. 1.409 ss. En el ordenamiento italiano la disposición es semejante así como la responsabilidad ilimitada del extraño que consienta la inclusión de su nombre en la razón social, tal y como preve igualmente nuestro ordenamiento. Sobre la cuestión vid. G.GUGLIEMETI, "Questioni in tema di ragioni e denominazioni sociali e loro contenuto", Riv.Soc., 1.968, pp. 478 ss. 485-486; COSTI, *Il nome*, p. 207 y nt. 20 con abundante bibliografía.

<sup>420</sup>No es esta sin embargo la solución que se ha acogido en Francia para las sociedades de ejercicio liberal, en las que a pesar de la posibilidad de socios que únicamente aporten capital, sólo podrán figurar en la denominación social socios profesionales, con la salvedad de los antiguos, en las condiciones allí establecidas (art.2 de la ley del 90).

sentido en aquellas regulaciones en las que se preve que junto al nombre de los profesionales, conste igualmente la profesión a la que se dedican en sociedad. Más en concreto cuando en la designación profesional se utiliza algún grado académico. Especialmente relevante es a estos efectos el caso de utilización del grado de doctor sin especificar la carrera en la que se ha obtenido dicho título. Un caso engañoso de este tipo sería el de la razón social "Médicos Dr.García & asociados", en el caso de que el Dr.García no fuese médico, sino doctor en psicología por ejemplo<sup>421</sup>. La prohibición alcanza pues, todo su sentido sobre toda aquella designación que induzca a error a cerca de la cualidad de los socios o de la actividad de la sociedad ("Dr. García y asociados", en el caso de una sociedad de abogados por ejemplo).

3. El que la denominación subjetiva sea el tipo de denominación más frecuente en la práctica de las sociedades profesionales no debiera sin embargo llevarnos a considerar ésta como una regla *necesaria*, imponible a la generalidad de estas sociedades. A nuestro juicio, su denominación social debería estar regida por un *principio de libre configuración* por los socios.

La ausencia de un criterio general en el sector profesional, obliga a remitir la cuestión a la regulación de la denominación en materia de sociedades. Como es sabido, el principio de libre configuración de la denominación rige ya en nuestro ordenamiento para las sociedades de capital (art. 2 LSA y 2LSRL y 153 C de C), las cuales pueden optar libremente entre una denominación objetiva o subjetiva. En el caso de las sociedades civiles, el silencio del legislador a este respecto, ha provocado que la práctica y doctrina más generalizada admitan asimismo que la identificación externa de la sociedad pueda producirse a través de una denominación social libremente configurada por los socios<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup>"Wer Dr.iur. ist, darf ein Sanatorium zwar unter der Firma Dr.iur. A., nicht aber unter der Firma Dr.A. führen, weil der Verkehr im letzteren Fall von einem Dr.med. ausgehen kann"; HÖNN, "Akademische Grade, Amts-, Dienst- und Berufsbezeichnungen sowie titel (Namensattribute) in der Firma in firmen- und wettbewerbsrechtlicher Sicht", ZHR 153 (1.989), p.386.

<sup>422</sup>V., por todos, PAZ-ARES, *Comentario*, II, p.1366.



En realidad pues, la regla que aquí proponemos sólo representa una innovación respecto de las sociedades mercantiles de personas y, en especial de la sociedad colectiva, donde el legislador exige con carácter imperativo una denominación social subjetiva, es decir formada con el nombre de uno o varios socios (v. art.126 C de C)<sup>423</sup>. Si de *lege lata* el carácter imperativo de la prohibición resulta indiscutible, de *lege ferenda no lo es tanto*.. La superación de las viejas reglas sobre la razón social del Código de Comercio puede justificarse sobre la base dos argumentos: la previsión de mecanismos reforzados de publicidad sobre la composición subjetiva de la sociedad, que podrá ser conocida por terceros no sólo a través del Registro Mercantil (una inscripción que a veces falta), sino a través de los distintos Registros profesionales creados en cada colegio profesional (v. *infra* a); y la evolución general del ordenamiento (v. *infra* b).

a) La base sobre la que descansa el primero de los argumentos citados parte de una realidad incontestable: si con carácter general hay que acudir al Registro para saber quienes son los socios -no olvidemos que nuestro legislador únicamente exige como requisito indispensable el nombre de uno de los socios<sup>424</sup>-, lo único que interesa es que la razón social, inequívocamente exprese que hay sociedad, y que aquella al emplearse no engañe<sup>425</sup>. En este sentido el único requisito que a nuestro juicio, debiera constar *de lege ferenda* de forma inequívoca es el tipo social de que se trate. Conociendo tal, y, por ende, el tipo de responsabilidad que asumen los socios, si los terceros contratantes quieren conocer qué personas en concreto asumen la responsabilidad reflejada, no

---

<sup>423</sup>Por su parte el legislador reglamentario se encarga de desarrollar esta exigencia en los arts. 398 ss R.R.M.

<sup>424</sup>Arts. 126 y 146 C de c; art. 400.2 RRM.

<sup>425</sup>Así, en relación a las sociedades colectivas, se expresa GIRON, *Der.Soc.*, I,Madrid, 1.976, p.414.

tendrán más que acudir al Registro. En consecuencia siempre que pueda garantizarse un derecho de información registral de los terceros sobre la composición efectiva de la sociedad, no vemos porqué debe exigirse como requisito esencial la necesidad de una configuración subjetiva de la razón social de estas sociedades<sup>426</sup>.

A ello debe añadirse que, en el sector profesional, la publicidad de la composición subjetiva de las sociedades profesionales, puede ser conocida en la práctica a través de los Registros profesionales, los cuales, han sido creados sin excepción en todos los colegios profesionales donde estas sociedades han sido reconocidas positivamente.

b) Por lo demás, la superación de las reglas que regulan la denominación subjetiva de las sociedades mercantiles de personas viene avalada por la evolución general del ordenamiento. Es sintomático a este respecto que el legislador más reciente haya optado por admitir denominaciones objetivas en relación a las agrupaciones de interés económico, que son una suerte de sociedades colectivas especiales. En efecto, la LAIE no exige de forma expresa la necesidad de una denominación subjetiva, tan sólo hace referencia a la necesidad de que las siglas identificativas de las mismas consten en su razón social (v. art. 6 LAIE), remitiéndose en el resto a la regulación general de las denominaciones prevista en el RRM, en las que como es sabido, el principio general es el de libre configuración de las denominaciones<sup>427</sup>. Esta

---

<sup>426</sup>C.W., CANARIS, *Handelsrecht*, 22 ed., München, 1.995, § 11, pp. 173 ss. En la misma línea (*perchè i terzi possono apprendere dal pubblico registro in cui la società è iscritta chi sono effettivamente i soci*) G.GUGLIELMETTI, "Questioni in tema di ragioni", *Riv. Soc.* 1968, pp. 478 ss, 500-501; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1.994, 9ª ed., p. 349-350.

<sup>427</sup>A nuestro juicio, no cabe admitir en este caso una función supletoria a las normas que en concreto regulan la denominación subjetiva de las sociedades colectivas -tal y como se afirma J.D.RODRIGUEZ MARTINEZ, en su comentario al art. 6 de la LAIE en *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, p.108-, toda vez que la ley pretende dar una regulación autónoma en esta materia a las AIE con un amplio artículo a tal efecto. La remisión que en el mismo se hace a la disciplina del RRM debe entenderse pues, como una remisión de sentido a los principios generales que rigen la denominación social, y no a la especialidad que el legislador establece para las sociedades colectivas.

consideración aparece además avalada por la regulación de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico para las que el legislador prevé expresamente la posibilidad de una denominación objetiva [art. 6, d) RAEIE]. En el derecho de sociedades comparado se registra asimismo una tendencia hacia la liberalización de la composición de los nombres de las sociedades de personas<sup>428</sup>.

4. Así las cosas, parece pues, deseable liberalizar a nuestra legislación del rigorismo que adolece actualmente la regulación de la razón social de este tipo

---

<sup>428</sup>Es paradigmática al respecto la disciplina proyectada en el reciente *Referentenentwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes* de verano de 1.996. Dos son las líneas fundamentales que vertebran el mismo: de un lado la modernización del concepto de comerciante, y de otro la liberalización del *Firmenrecht*. Por lo que concierne a este segundo aspecto, que es el que en este momento nos interesa, lo cierto es que el mismo apenas ha sufrido modificaciones importantes desde que entró en vigor el Código de comercio (únicamente las realizadas a propósito de las reformas de las sociedades anónimas y limitadas). El legislador ha considerado que ha llegado el momento de liberalizar la regulación del mismo y adaptarlo a las nuevas exigencias de la vida económica. En esta línea el legislador ha establecido una libertad de elección en la construcción de las Firmas (así denominaciones objetivas o de fantasía) tanto para la generalidad de las sociedades, como para el empresario individual. Los intereses de la información del tráfico así como el mandato de transparencia, deben ser atendidos tanto por indicaciones obligatorias sobre la forma jurídica, así como sobre las relaciones de responsabilidad. De otro lado el legislador ha establecido la necesidad de que aquellas Firmas que no se correspondan con la realidad sean obligatoriamente registradas en el Registro Mercantil, protegiendo así los intereses del tráfico. Es decir únicamente quedarán eximidas de la obligación de registrarse aquellas que contengan una indicación veraz. La nueva regulación permite pues, una mayor elección en la construcción del nombre de las sociedades independientemente de la forma jurídica que adopte el negocio. La construcción de la Firma debe únicamente guiarse por tres principios esenciales: 1. Que tengan fuerza distintiva o diferenciadora; 2. Que evidencie de qué relación societaria se trata; 3. Que muestre la relación de responsabilidad. Con estos tres criterios cada firma debe generalmente ser inscrita (salvo la excepción referida anteriormente). Cumpliendo los mencionados requisitos, puede utilizarse cualquier Firma, incluso las *Sachfirmen* (denominaciones objetivas) o las denominaciones de fantasía. Todas las nuevas disposiciones marcan claramente una liberalización del *Firmenrecht*. Debe advertirse no obstante que, aunque estas son las líneas generales para todas las sociedades, lo cierto es que existen determinadas disposiciones (en nuestro caso, dentro del ámbito profesional, la *Partnerschaftsgesetz*) que establecen unas disposiciones especiales para la construcción de su denominación, que, por los intereses a los que están llamados a proteger deben quedar inalterados no obstante esta nueva regulación. Para un análisis detallado del nuevo proyecto de ley con las orientaciones y fundamentaciones que han guiado al mismo vid. ZIP, "RefE Handelsrechtsreform- Firmenrecht", 1.996, pp. 1.409 ss. En el derecho anglosajón, existe -en la misma línea que sigue el nuevo proyecto alemán- una amplia libertad para seleccionar el nombre de las partnerships. En realidad las reglas de construcción de la denominación social de una partnership son las reglas aplicables a cualquier forma de negocio. Los partners deben evitar la confusión, competencia desleal y prácticas engañosas así como la violación de las reglas que gobiernan la profesión. La única limitación específicamente aplicable a los nombres de las partnerships generales concierne a la inclusión de palabras y abreviaturas como "Inc.", "Corp.", y "Ltd.", las cuales podrían inducir a error a terceras partes en la creencia de que el negocio es organizado en forma corporativa. Sin embargo el uso de "company", el cual podría envolver el mismo problema, es muy corriente y ha sido aceptado. Para más referencias vid. A.R.BROMBERG/L.E.RIBSTEIN, *Partnership*, vol.I, § 2.13, pp. 2: 119 ss.

de sociedades, apostando así por un principio general de libre configuración de la denominación social<sup>429</sup>.

Lo que sin embargo si parece aconsejable dada la configuración de la sociedad profesional como un tipo especial por razón del objeto, es que la designación del tipo social adoptado viniera cualificado con el adjetivo "profesional": ("sociedad civil profesional", "sociedad colectiva profesional", "sociedad anónima profesional", "sociedad limitada profesional"). De esta manera, los terceros quedarían avisados sobre las particularidades jurídicas a que están sometidas las sociedades con que contratan<sup>430</sup>.

### III. CONSERVACION EN LA RAZON SOCIAL DEL NOMBRE DE UN SOCIO QUE HA CAUSADO BAJA.

1. La otra cuestión que ahora interesa determinar es si, dentro del marco de las denominaciones subjetivas, cabe la posibilidad *-si así se ha pactado-* de conservar el nombre de uno socio en la razón social una vez que este haya dejado de formar parte de la sociedad. El problema pues, a resolver, es el eventual conflicto que se pueden producir entre la sociedad y los terceros por la conservación del nombre de un antiguo socio en la denominación social<sup>431</sup>.

2. Como hemos adelantado, bajo el régimen actual no es posible en muchas ocasiones mantener en la denominación social el nombre de quien deja de formar parte de la sociedad (arg. *ex art. 401 RRM*). En efecto, el mencionado

---

<sup>429</sup>Esta es asimismo la solución adoptada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales.

<sup>430</sup>En el mismo sentido GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.149.

precepto establece en su cuarto apartado que en los casos donde una persona cuyo nombre se contenga total o parcialmente en la razón social, perdiera por cualquier causa la condición de socio colectivo, ello obligaría a la sociedad a "modificar de inmediato la razón social"<sup>432</sup>. La intención que subyace tras esta exigencia no es sino una *finalidad de preservar la seguridad del tráfico y protección de los terceros acerca de la efectiva composición de la sociedad*.

3. Junto a esta finalidad, en el ámbito de las sociedades profesionales la doctrina ha sopesado asimismo el interés de los profesionales miembros. Dos son pues, en el caso que nos ocupa, los intereses a considerar. De un lado, la *protección de la clientela* al objeto de evitar toda confusión que pueda provocar en la misma una falsa representación de los profesionales que actúan en la sociedad. Y de otro, el *interés de los profesionales* que continúan ejerciendo en la sociedad. Bajo esta perspectiva -se afirma- la facultad de mantener en la razón social el nombre de un socio que ha causado baja puede resultar altamente beneficiosa, por la continuidad profesional que la inmodificabilidad del nombre asegura, y en íntima conexión con ello, por la reputación profesional que la sociedad haya obtenido por contar entre sus miembros con un prestigioso profesional<sup>433</sup>.

Las soluciones propuestas al objeto de una adecuada conciliación de ambos intereses han sido muy variadas, tratando todas ellas de preservar, por

---

<sup>431</sup> Sobre la necesidad de consentimiento del socio para la inclusión de su nombre en la razón social así como para su conservación en la misma, y los posibles *conflictos entre la sociedad y el socio* (o en su caso los herederos de éste) a cerca del consentimiento prestado vid., lo que se dirá en *infra* § 22,II.

<sup>432</sup> Asimismo esta línea se mantiene en el artículo 126.2 del C de c al disponer que "*no podrá incluirse nunca el nombre de persona que no pertenezca de presente a la compañía*". Distinta es sin embargo la situación en las sociedades de capital donde no es posible la supresión del nombre de un socio "*a menos que se hubiese reservado expresamente este derecho*".

<sup>433</sup> Así GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.149.

una u otra vía el mantenimiento en la denominación social del nombre del socio que ha causado baja.

4. Una primera solución presenta un *carácter híbrido o mixto*. De un lado se procede a la modificación de la razón social y de otro se conserva el nombre del antiguo socio. En efecto, tratando de compaginar ambos intereses, es posible que, no obstante la baja o fallecimiento de un socio que aportó su nombre a la razón social, éste puede conservarse en la misma *siempre y cuando la misma se complemente con una expresión que evite el engaño*, tal como "antiguo socio", o "sucesores de" o "hijos de"<sup>434</sup>. La integración de la razón social con cualquiera de estas expresiones consigue de un lado evitar equívocos acerca de la verdadera composición social -garantizando así la finalidad de la ley-<sup>435</sup>,

---

<sup>434</sup>Esta es la solución que el legislador ha dado en Francia tanto para las sociedades civiles profesionales como para las de ejercicio liberal. En efecto, los arts. 8, y 2.III de ambas leyes respectivamente permiten el mantenimiento dentro de la razón social, del nombre de un antiguo socio, siempre que el mismo vaya precedido de la palabra "antiguamente". El primero de los artículos mencionados pone sin embargo como límite para esta concesión, el que por lo menos uno de los socios en activo de la sociedad hubiera ejercido la profesión con el antiguo asociado. Dos pues, son los requisitos exigidos por el legislador para que el nombre del antiguo socio permanezca en la denominación de la sociedad: 1. Que al menos uno de los socios haya ejercido la profesión en compañía de aquel cuyo nombre se mantiene en la denominación social, y 2. Que continúe como socio en activo en la sociedad. El incumplimiento de este doble límite tendrá como consecuencia la desaparición de la razón social del nombre del antiguo socio. Para un comentario crítico a esta solución vid. TERRE, "La revision de la loi sur les sociétés civiles professionnelles, 23 décembre 1972", JCP.I, Doctine, 2.554, 1.973), el cual se pregunta si no constituye una especie de fraude (conflicto con principio de veracidad) presentar como asociado indefinidamente responsable a un antiguo socio. En el derecho italiano otra solución que se ha dado por cierta parte de la doctrina a esta cuestión ha sido la de que junto a la conservación del nombre del antiguo socio se añadiera el nombre de un socio actual. De esta manera se conseguiría que por lo menos en la razón social figurara el nombre de un socio actual que si respondiera personalmente de las deudas sociales de la sociedad. La inserción del nombre de un socio actual no comportaría tampoco la cancelación de toda eficacia del viejo nombre en el reclamo de la antigua clientela. La capacidad quedaría así atenuada, y la realización de los intereses de la sociedad y de los terceros (evidentemente en contraposición) resultaría alcanzada de un modo más armónico. Acogiendo esta postura el sacrificio de los terceros se vería más limitado (al contar con el nombre de un socio que si responde), y sin embargo la tutela de la sociedad tampoco vendría totalmente eliminada (al poder conservar el nombre de un antiguo socio). Vid. abundantes referencias al respecto en R.COSTI, *Il nome*, pp. 247 ss.

<sup>435</sup>En realidad, tal y como se ha afirmado por un muy autorizado sector de nuestra doctrina, aún cuando a primera vista el artículo mencionado no parece permitir otra posibilidad que la retirada de la razón social del nombre de quien ya no es socio, lo razonable no es detenerse en la pura letra del precepto, sino atender a la verdadera finalidad de la norma. Lo que se tiene que resolver pues, es si el único modo de alcanzar tal finalidad, pasa por eliminar de la razón social el nombre de quien ya no es socio, o si existen otros mecanismos alternativos que garanticen asimismo la seguridad del tráfico y protección de los terceros, sin obligar por su

permitiendo, de otro, el mantenimiento de una razón social que ha podido consagrarse en el tráfico<sup>436</sup>.

En favor de la misma se aduce además un argumento ya apuntado: si con carácter general hay que acudir al Registro para saber quienes son los socios, lo único que interesa es que la razón social, inequívocamente exprese que hay sociedad, y que aquella al emplearse no engañe<sup>437</sup>. Consiguientemente si con alguna expresión ("sucesores", "hijos", etc.), se indica que el nombre dado no tiene ya más significación que orientar, para hacer uso de la publicidad legal registral, quedarán así atendidos, tanto los intereses de la seguridad, como el sistema de la veracidad del nombre<sup>438</sup>. Se procede pues, a una modificación de la denominación tal como exige el legislador, si bien esta modificación consiste, tan sólo, en un añadido a la razón social que evite el engaño, manteniendo a su vez el nombre del que ha dejado de ser socio<sup>439</sup>.

---

parte a la sociedad a eliminar dicho nombre. Esta consideración es la que late bajo la solución apuntada en el texto. vid., en este sentido, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 414.

<sup>436</sup>En todo caso la dificultad estriba en que estas expresiones pueden incluirse entre las expresiones genéricas o accesorias a que se refiere el artículo 408.1.2º del RRM, y que, por tanto, la denominación que se solicite resulte idéntica a la anteriormente registrada en el RMC. En estos casos, debe aplicarse el apartado 2 del mismo precepto para evitar la aplicación de los criterios de identidad, puesto que debe ser la misma sociedad que cambia de nombre la que figure como interesado en la solicitud de certificación.

<sup>437</sup>Vid. de nuevo nt 433 y texto al que acompaña.

<sup>438</sup>Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 414. Esta posibilidad de infringir el principio de veracidad siempre y cuando se pueda estar correctamente informado mediante el registro constituye asimismo el argumento más generalizado para justificar la conservación de la *Firma* en el derecho alemán, en los casos de transmisión de la empresa. Vid. por todos CANARIS, *Handelsrecht*, § 11, pp. 173 ss, refiriéndose a la dimensión jurídico objetiva de la misma. Razonamiento que también aplica al ámbito de la sociedades y más en concreto a la posibilidad de conservación del nombre de un socio que causa baja en la sociedad, ya que la misma debe constar en el Registro Mercantil (§ 143 II). En la misma línea (*perchè i terzi possono apprendere dal pubblico registro in cui la società è iscritta chi sono effettivamente i soci*) justifican la validez de mantener exclusivamente el nombre de un antiguo socio, sin necesidad de añadir el nombre de un socio actual, G. GUGLIELMETTI, *Riv. Soc.* 1968, pp. 478 ss. 500-501; FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1.994, 9ª ed., p. 349-350.

<sup>439</sup>Una cuestión que podría plantearse dada la responsabilidad ilimitada de aquellos socios que figuran en la razón social de cualquier sociedad personalista, es la de si cabría según esto, atribuir responsabilidad al socio que consiente la conservación de su nombre en la razón social, aún habiendo perdido su condición de tal. Evidentemente la respuesta debe ser negativa. La indicación añadida a la razón social tiene que reflejar de cualquier modo que el titular de ese nombre que aún se conserva ha dejado de ser socio de la sociedad.

5. Otra postura es aquella que entiende que, no obstante la baja de un socio, *no es necesario proceder a la modificación de la razón social*. Esta posibilidad surge a raíz de algunos puntos conflictivos que la regulación del RRM ofrece en este aspecto, cuya interpretación da origen a dificultades y hasta contradicciones con la propia regulación del C de c<sup>440</sup>.

A tal efecto se alegan de un lado los artículos 126 y 147 del C de c, y de otro, las disposiciones 3º y 4º del art. 401 del RRM. Como fácilmente puede apreciarse el RRM ha recogido la prohibición del C de c (“no podrá incluirse, total o parcialmente, el nombre de persona natural o jurídica que no tenga de presente la condición de socio colectivo”), y ha omitido la matización que el propio Código hace de esa prohibición. El hecho de que en la denominación de estas sociedades se incluya el nombre de quien no es socio colectivo *no impide, de forma absoluta, su regular constitución, ni debe impedir por tanto, su inscripción*, porque la sanción que el C de c establece para estos casos se manifiesta, *no* en los requisitos formales de constitución, sino únicamente en el ámbito de los derechos y obligaciones de los socios, imponiendo responsabilidad solidaria y aún penal en el caso de colectivas (art.126 III), o tratamiento como colectivos frente a terceros de los comanditarios (art. 147 II).

Así se ha sostenido que: *"Este juego de prohibiciones y matizaciones se explica perfectamente si se tiene en cuenta que la redacción del C de C indica que unas y otras normas tienen distintos destinatarios: a) Para los socios constituyentes de la sociedad la prohibición es absoluta: por su propia voluntad no podrán incluir nunca el nombre de persona que no pertenezca a la Compañía (art.126 II), o el nombre de un socio comanditario (art.147 I). b) Para los no socios y para los comanditarios la inclusión de su nombre en la razón social está supeditada a su consentimiento: el Código habla de los que no perteneciendo a la Compañía incluyan su nombre (art.126 III), o del comanditario que incluyese su nombre o consintiese su inclusión (art.147*

---

<sup>440</sup>Dicha argumentación ha sido propuesta por J.D.RODRIGUEZ MARTINEZ, en el comentario al art. 6 de la LAIE (a propósito de la denominación de las Agrupaciones), en *Comentarios a la LAIE*, pp. 100 ss.



*II). Ello implica que, por vía de consentimiento de los afectados el Código admite la inclusión del nombre de quien no es socio colectivo y que esta situación no supone defecto alguno en el proceso de fundación de la sociedad. Otra cosa es que, en diferente plano de valoración, se pretenda impedir una posible confusión en cuanto a la posición jurídica de los socios, y que la Ley dé primacía frente a terceros, a la apariencia que se deriva del nombre para acomodar a ella el régimen de responsabilidad.*

*Pues bien, el RRM ha ignorado todo este entramado de principios que se encuentran en el C de C y se ha limitado a prohibir sin excepción, la inclusión en la razón social del nombre de quien no es socio colectivo. En este sentido, la calificación registral debe ir más allá de la expresión literal del texto reglamentario, porque, en caso contrario, se rechazaría la inscripción de sociedades cuya denominación es correcta según el C de C. Habrá que exigir únicamente, que conste de forma indubitada el consentimiento de la persona cuyo nombre se pretende incluir en la denominación social.*

*Este rigor reglamentario se manifiesta igualmente en la segunda de las limitaciones que se establecen en la composición de denominación subjetivas, esto es, la obligación de modificación de la razón social ante la baja del socio, que ahora nos ocupa. Esta norma no es sino la consecuencia lógica de lo establecido en el apartado anterior del mismo precepto y, como él adolece de un rigor excesivo en relación a los criterios del C de C: por las mismas razones anteriormente expuestas, nada debiera impedir que un socio, al dejar de serlo, consienta en que su nombre siga figurando en la razón social<sup>441</sup>.*

No puede negarse que en este, como en otros casos, el legislador reglamentario puede haberse excedido en el uso de su potestad reglamentaria al prohibir sin excepción, la inclusión en la razón social del nombre de quien no es socio colectivo<sup>442</sup>, rechazando consecuentemente la inscripción de sociedades cuya situación, aún cuando incluyan tales nombres en su denominación social, no implica defecto alguno en el proceso fundacional a la vista de la regulación

---

<sup>441</sup> RODRIGUEZ MARTINEZ, *Comentarios a la LAIE*, pp. 100 ss.

<sup>442</sup> Ponemos aquí de manifiesto nuestras dudas acerca de que, desde el punto de vista de técnica, un Reglamento sea norma adecuada para regular materias de orden sustantivo como ésta y más cuando su interpretación ofrece dificultades y hasta posibles contradicciones con normas de rango superior como hemos visto.

del C de C. En cualquier caso no puede negarse tampoco que esta argumentación por la cual la razón de la sociedad podría mantenerse no obstante la baja del socio parece un tanto rebuscada, habida cuenta que, no obstante la defectuosa técnica reglamentaria, el espíritu del C de C responde a la posición mantenida por el RRM. En efecto, el C de C en realidad establece una prohibición de conformar la razón social con nombres de personas que no tienen actualmente la condición de socios, lo que sucede es que como *no hay título social* para sancionar a un no socio, el Código preve esta responsabilidad. El espíritu que mueve al legislador es pues, el de prohibir dichas prácticas, si bien es cierto que el juego de disposiciones legales y reglamentarias no presentan la coherencia que sería deseable.

6. Otra posible solución ante situaciones de eventuales bajas sociales por miembros que han prestado su nombre a la razón social, podría encontrarse en una *reestructuración de la aportación de esos socios*.

El socio puede por diferentes motivos (enfermedad, incompatibilidad con algún otro cargo, jubilación, etc) dejar de prestar sus servicios profesionales en la sociedad por los que había adquirido la condición de socio. En estos casos la baja puede producirse de forma efectiva, perdiendo la cualidad de socio, y procediéndose a la modificación de la razón social (arg. *ex art.* 401.4 RRM), o bien puede, como decimos, procederse a una reestructuración de la aportación del socio que permita la continuación de su nombre en la razón social. Esto es, el socio deja de prestar su actividad, pero a partir de una reestructuración pasa a realizar como aportación social, precisamente la aportación de su nombre<sup>443</sup>. En virtud de esta aportación la sociedad concederá al profesional un porcentaje en

---

<sup>443</sup>Sobre la posibilidad de configurar el nombre como objeto autónomo de aportación vid. lo que se dirá en *infra* § 22,II, a propósito de la aportación en sociedades profesionales.

beneficios -que variará en función de la utilidad económica que ese nombre represente para la sociedad-, y la sociedad no deberá consiguientemente modificar la composición de su razón social. El profesional que antes era socio en virtud de sus servicios profesionales, no ha perdido su condición de tal, sino que simplemente se ha modificado el título en virtud del cual es actualmente socio de la sociedad.

Esta solución además de beneficiar a la sociedad que puede seguir utilizando su razón social, beneficia al profesional aportante que no se desvincula de la sociedad, si bien ahora su participación será menor que la poseída durante su ejercicio profesional. En la reestructuración de su participación pueden preverse las condiciones que las partes estimen convenientes (así el que a partir de ese momento tenga voz pero no voto, el que, en su caso, deje de formar parte del Consejo de Administración, etc).

Debe advertirse sin embargo que ésta no es una solución definitiva. En efecto, como fácilmente puede percibirse sólo es válida en vida de quien hace la aportación, no así en aquellos otros casos en los que el aportante haya fallecido.

7. A nuestro juicio, el principal defecto de todas estas teorías que por uno u otro camino proponen no eliminar de la razón social el nombre de quien ha dejado de ser socio, radica en la *confusión de la distinta significación funcional de la denominación social y el nombre comercial*. Para aperebirmos de ello y al objeto de exponer la solución que a nuestro juicio parece más razonable, expondremos con carácter previo el *status quaestionis* de la relación denominación social-nombre comercial.

A tal efecto, debe comenzarse advirtiendo que no existe en nuestro Derecho ninguna norma que defina de forma expresa el concepto jurídico de denominación social. El análisis del marco legal de la institución

permite, no obstante, formular un concepto aproximado de la misma, tal y como parece ser concebida por nuestro legislador. La denominación social puede en este sentido delimitarse conceptualmente "como una expresión denominativa (...) cuya función normativo típica estriba básicamente, en identificar e individualizar al ente societario, permitiéndole constituirse en centro de imputación de las responsabilidades dimanantes de la actividad que desarrolla, al tiempo que le posibilita personificarse en el tráfico, como sujeto titular de derechos y deberes"<sup>444</sup>. La denominación social responde en fin, al *derecho y a la necesidad a la identidad personal* de toda persona jurídica, siendo en este sentido equiparable al nombre civil de las personas físicas<sup>445</sup>.

Debe advertirse sin embargo, que -a diferencia de las personas físicas- el derecho de identificación de las sociedades viene condicionado por una serie de presupuestos especiales<sup>446</sup>. Así por ejemplo la imposibilidad de adoptar una denominación idéntica a la de otra sociedad preexistente (art. 407 R.R.M), pone de relieve una de esas características singulares de la misma, cuando se la compara con el nombre de la persona física como medio de identificación -una y otro- de los sujetos de derecho. En efecto, la denominación o razón social como elemento identificador de un sujeto de derecho cuya vida y actuaciones se van a desarrollar en el tráfico (fundamentalmente en el tráfico mercantil), viene fuertemente impregnada y condicionada por los principios rectores de ese tráfico, de suerte que la finalidad primigenia de identificación se matiza con las exigencias protectoras del tráfico, eliminación de posibles

---

<sup>444</sup> Así, L.M.MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, Madrid, 1.997, pp. 117, y allí referencias doctrinales en las que se constatan definiciones análogas a la expresada en el texto.

<sup>445</sup> Esta equiparación de la denominación social de la persona jurídico-societaria al nombre civil de la persona física es defendida por jurisprudencia y doctrina. Así en la jurisprudencia registral, se ha afirmado que "*la razón social de las Compañías constituye el medio de individualizarlas y denominarlas frente a los terceros y al público en general, cuya justificación debe buscarse en análogos fundamentos a los que determinan la necesidad del nombre en la persona natural*" (Resolución de 10-5-1946, en RDM, 1946, n.5, pp. 141 ss, con comentario de GIRON TENA) En términos semejantes más recientemente v., la Resolución DGRN de 15-10-1984 (Ar. 5187). En el mismo sentido STC 26-11-1995 (Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1995, n.139). En doctrina esta equiparación es defendida fervorosamente en la doctrina italiana por R.COSTI, *Il nome della società*, Milano, 1.964, pp. 3, 8. Esta es asimismo entre nosotros, la tesis mayoritaria. Así v. entre los más recientes, A.M.GARCIA-TUÑÓN, "Denominación y domicilio social", en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1.991, p. 208; BOTANA AGRA, "A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales", en *La Ley*, 1996, n.4.023, p.16; M.A.DIAZ GOMEZ, "La individualización del empresario social a través de la denominación. Análisis de los requisitos comunes a todas las denominaciones sociales, con especial referencia al de novedad o disponibilidad", *RdS*, 1.995, n.4, pp. 99 ss. 102-104; CERDA ALBERO, "Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial signos nominales y denominaciones subjetivas. Reflexiones desde una jurisprudencia reciente", *RGD*, junio 1996, n.621, pp. 6953 ss. V., una revisión a esta línea de pensamiento considera excesivamente formalista en MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 127 ss.

<sup>446</sup> Arts. 398 ss RRM y muy especialmente el conjunto de prohibiciones recogidas en los arts. 404 ss del mismo texto reglamentario, así como los preceptos relativos a cada forma social contenidos en sus respectivas leyes reguladoras.

competenecias desleales, legislación protectora de las distintas formas de propiedad industrial, etc. El término denominación o razón social se aproxima así en cierto sentido al concepto de nombre comercial. Ello no debe sin embargo, enturbiar la realidad en cuanto a la distinción conceptual y funcional de ambos institutos.

Como es sabido, la razón social es un signo de identidad de la sociedad, equiparable al nombre civil de las personas físicas, el cual sólo persigue identificar al responsable de las relaciones jurídicas<sup>447</sup>. Por su parte el nombre comercial sólo aspira a distinguir la actividad empresarial en el mercado, convirtiéndose en un instrumento de política empresarial con vistas a su distintividad concurrencial en el mercado<sup>448</sup>. Este último es un objeto de derecho que se inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial -hoy tras la Ley 21/1992, de Industria, de 16 de julio de 1992<sup>449</sup>, Oficina Española de Patentes y Marcas- el cual -como se ha señalado- es un registro de bienes, similar al Registro de la Propiedad<sup>450</sup>, mientras que el Registro Mercantil es fundamentalmente un registro de personas, identificadas por su nombre civil o su denominación social<sup>451</sup>. La *razón social* debe ubicarse en definitiva, en el

---

<sup>447</sup>En general, sobre la función de la individualización e identificación de la denominación social vid. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 827; A.M.GARCIA-TUÑON, "Denominación y domicilio social", en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1.991, p. 209 ss; E. GARRIDO CERDA, "La denominación social", en AAMN, t.XXX, vol.I, 1.991, pp. 610 ss; CERDA ALBERO, "Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial signos nominales y denominaciones subjetivas. Reflexiones desde una jurisprudencia reciente", RGD, junio 1996, n.621, pp. 6954 y 6959.

<sup>448</sup>Sobre la evolución que ha experimentado la consideración del nombre comercial, marcada por un acentuado proceso de objetivación, en virtud del cual éste ha dejado de ser un instrumento de individualización del comerciante o empresario para pasar a constituir un medio de diferenciación de la empresa, vid. una amplio estudio en MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 34-113, y allí múltiples referencias.

<sup>449</sup>BOE num.176, de 23 de julio.

<sup>450</sup>Así, L.CARLON, "Contribución al estudio del nombre comercial", en RDM, julio-septiembre, 1.964, p.21.

estricto ámbito del Derecho de Societario y del Registro Mercantil, mientras que el *nombre comercial* pertenece al campo de las propiedades industriales y competencia desleal<sup>452</sup>.

Aún cuando esta distinción -sobre todo la referida a la diferencia de funciones- pueda parecer excesivamente formal y, en ocasiones incluso puede llegar a ser desmentida por la realidad<sup>453</sup>, lo cierto es que la misma constituye

---

<sup>451</sup>En este mismo sentido y haciendo una alusión expresa a su diferenciación según la distinta función de los dos Registros v. STS de 27 de noviembre de 1.979, en la que se afirma que "*la inscripción del nombre comercial no es más que un "plus" de protección y su inscripción le permite oponerse a cualquier denominación similar pues de las idénticas ya tiene suficiente protección con la legislación mercantil*"; STS de 31 de mayo de 1.979, en la que se habla con meridiana claridad de la "*distinta función de los dos registros, ya que mientras que el Registro Mercantil sirve, en general, al objeto de identificar al comerciante -individual o social-, y como efecto reflejo, a la contratación mercantil..., el Registro de la Propiedad Industrial atiende a la finalidad de reconocer y proteger esta especial forma de propiedad en sus distintas modalidades*"; STS de 20 de diciembre de 1.988 en la que se dice "(...) es lo cierto que son cosas distintas la denominación social con que una compañía inscrita en el Registro Mercantil y el nombre comercial amparado por el Registro de la Propiedad Industrial. Para la validez del primero sólo se exige que no hay otra sociedad preexistente con el mismo nombre; para el segundo se requiere una serie de requisitos...".

<sup>452</sup>Esta dualidad de conceptos y diversidad de funciones económico-jurídicas predicables de ambos institutos ha sido constatada recientemente tanto por la Dirección General de los Registros y el Notariado, como por parte de nuestra jurisprudencia y doctrina. Así se ha afirmado que "*la denominación no tiene por función normativo-típica distinguir en el mercado la actividad empresarial de la Sociedad evitando el riesgo concurrencial de confusión (a tal efecto dispone el ordenamiento de la protección del nombre comercial y subsidiariamente la tutela contra la competencia desleal), sino la más limitada de identificar al sujeto responsable de las relaciones jurídicas*" (Resolución DGRN de 11 de septiembre de 1990; en términos similares, Resolución DGRN de 22 de diciembre de 1995. Sobre la primera vid. la anotación de M.MONTEAGUDO MONEDERO en RGD. 1991, n.564, pp. 7767 ss; sobre la segunda, VICENT CHULIA, RGD 1996, núms.622-623, pp.8633 ss). Esta separación de ámbitos es asimismo sostenida por algunos de los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo. Vid., por todas las SSTs de 21 de octubre de 1994 (Ar. 9036); un comentario a STS de 21 de octubre de 1994 (Ar. 9036) la misma por CERDA ALBERO en la RGD 1996, n.621, pp. 6978 ss). y de 4 de julio de 1995 (Ar.5461; con comentario de BOTANA AGRA en *La Ley*, 1996, n.4023, pp. 15 ss; con comentario de CERDA ALBERO en RGD 1996, n.621, pp. 6984 ss). En nuestra doctrina esta diferenciación es constatada entre otros por BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 826-828; E. GARRIDO CERDA, "La denominación social", en AAMN, t.XXX, vol.1, 1.991, pp. 610 ss, esp. 617; J.GOMEZ MONTERO, "La regulación del nombre comercial en el Derecho español", en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, AIPPI, 1992, pp. 371 ss; P.PORTELLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1.995, pp. 373-374; BOTANA AGRA, "A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales", en *La Ley*, 1996, n.4.023, pp. 15 ss. En la doctrina italiana el máximo exponente de esta postura sigue siendo COSTI, *Il nome della società*, Padova, 1.964, p. 167.

<sup>453</sup>En general sobre las interferencias mutuas entre ambos sectores normativos, vid., J.M.GONDRA, "El nombre comercial", RdS, 1.997, n.8, pp. 13 ss; MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 348 ss, haciendo una especial referencia a los casos de polivalencia funcional de la denominación social: como nombre del empresario-sujeto jurídico y como nombre del empresario en el ejercicio de su actividad concurrencial.

uno de los cimientos básicos sobre los que nuestro legislador construye el diverso régimen jurídico regulador de ambos institutos.

No debe desconocerse sin embargo que esta separación conceptual y normativa no es común a todos los ordenamientos del Derecho Comparado<sup>454</sup>. Así por ejemplo en el derecho alemán la "*Firma*" sirve a una doble finalidad<sup>455</sup>: De un lado sirve para identificar al comerciante (individual o colectivo) en su condición de titular de un negocio u organización mercantil -función equivalente a la que en nuestro ordenamiento cumple la denominación social-, y de otro, para distinguir su actividad o negocio de otros identicos o similares<sup>456</sup>. La doctrina habla en este sentido de una vertiente subjetiva -la identificación del titular- y de un vertiente objetiva de la Firma -que pone su atención en la distinción de su negocio o establecimiento-. Son pues dos dimensiones, que sirven a una doble finalidad pero referidas a un único concepto con una misma regulación, auxiliada por un mismo instrumento registral: el Registro Mercantil<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> Así por ejemplo el ordenamiento francés sólo regula la denominación social, no existiendo sin embargo una regulación particular sobre el nombre comercial. No obstante, la doctrina y jurisprudencia se han encargado de elaborar toda una teoría sobre el nombre comercial, configurándolo como el nombre que representa el "*fonds de commerce*". La falta de una regulación *ad hoc* provoca el que carezca de una protección autónoma, es por ello que la jurisprudencia viene afirmando que su protección se rija por las normas que regulan la competencia desleal. Para un panorama general de la cuestión vid. por todos, A.CAHVANNÉ/J.J.BURST, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 4ª ed., 1993, pp. 743-779.

<sup>455</sup> Sobre el concepto y la naturaleza jurídica de la *Firma* v., en la literatura más clásica WIELAND, *Handelsrecht*, I, Leipzig-Berlin, 1.921, pp. 175 ss; recientemente K.SCHMIDT, *Handelsrecht*, 2ªed., Köln, 1.982, § 12, pp. 260 ss; CANARIS, *Handelsrecht*, § 10 pp. 156 ss; K.H.FEZER, "Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts", ZHR, 1.997, pp. 52-66.

<sup>456</sup> El § 17 HGB la define en este sentido como "*el nombre bajo el que el comerciante explota su negocio en el comercio y da su firma*".

<sup>457</sup> No obstante esta unicidad conceptual, debe advertirse sin embargo que en la regulación de la misma, el legislador alemán parece haber tomado más en consideración la dimensión jurídico-objetiva de la misma, esto es, su configuración como signo distintivo de la empresa, que su dimensión jurídico-subjetiva, esto es su consideración como elemento identificativo del titular de la misma. Ello se hace especialmente patente en el ámbito de la sucesión de la misma con ocasión de la transmisión del negocio. La tensión entre ambas dimensiones se resuelve primando la protección de los intereses patrimoniales de las partes, sobre el interés general del tráfico jurídico. En efecto, después de definir la *Firma* como el nombre del comerciante que sirve para identificarlo en el tráfico económico, imponiendo que su configuración se corresponda con el principio de veracidad, el legislador alemán permite la cesión del uso de la *Firma*, en claro detrimento de la veracidad y con ello de la seguridad del tráfico jurídico. La razón es dar primacía a la continuidad de la explotación del negocio bajo el mismo nombre del titular anterior.

Probablemente si en nuestro ordenamiento no existiera una regulación autónoma de la denominación social como signo de identidad de las personas jurídicas, y a la misma se le aplicara la regulación del nombre comercial, se eliminarían muchos de los problemas que desde antiguo vienen planteándose a consecuencia de una regulación diferente para cada uno de ellos<sup>458</sup>. En cualquier caso las consecuencias de esta distinción en nuestro ordenamiento -idónea o no<sup>459</sup>, no admiten otra solución: los problemas de la denominación social no pueden resolverse de acuerdo con la normativa del nombre comercial, dada la distinta significación conceptual, funcional y normativa de ambos institutos.

8. Aclarado lo anterior, la confusión denunciada entre denominación social y nombre comercial puede ahora verse sin dificultad. La misma se refleja de modo patente en el motivo principal que se aduce para no eliminar el nombre del socio que ha causado baja: *la estrecha unión entre la reputación social y la denominación social*. En efecto, en esta línea de conexión entre denominación y reputación se ha afirmado que la razón social no es sino un "factor colector de clientela", ligado directamente a la reputación de la sociedad<sup>460</sup>. De ahí la

---

<sup>458</sup>Para una valoración crítica sobre la regulación actual vid., J.M.GONDRA, "El nombre comercial", RdS, 1.997, n.8, pp. 40 ss; MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 245 ss.

<sup>459</sup>CACHON BLANCO afirma -probablemente con razón- que determinados principios como el de *novedad y veracidad*, comunes a ambos institutos, deberían ser objeto de una consideración global, ante los frecuentes intentos de apropiación o utilización de denominaciones sociales para su utilización como signos distintivos y viceversa, toda vez que hoy por hoy un registrador mercantil carece de apoyo expreso e instrumentos que posibiliten por ejemplo negar la inscripción de una sociedad anónima por ser su denominación análoga a la de un nombre comercial registrado en la Oficina Española de Patentes y Marcas, que es un registro independiente y sin coordinación con el registro mercantil. Vid., CACHON BLANCO, "Relaciones entre signos distintivos de la empresa y denominaciones sociales", en *AC*, 1992-IV, pp. 829 ss

<sup>460</sup>Sobre la función que la razón social cumple como elemento conservador de la clientela vid. en nuestro ordenamiento GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, Madrid, 1.947, pp. 510 ss. En esta línea DE LA CAMARA afirma que el nombre de la sociedad se convierte frecuentemente en "*el exponente de su prestigio comercial*"; DE LA CAMARA, *Estudios*, 2ªed., II, p.10. Sobre la denominación como *función condesadora del prestigio comercial* vid. más recientemente M.A.DÍAZ GÓMEZ, "La individualización del empresario social a través de la denominación", en RdS, 1.995, n.4, pp.106-107. En general sobre la importancia de la reputación en el marco de las sociedades profesionales vid. de nuevo lo que se dijo en *supra* § 17,1,3.



importancia de poder conservar la misma; la obligación de modificar un *nombre* que se haya consagrado reputacionalmente en el tráfico -se aduce-, puede provocar una dispersión de la clientela agrupada en torno a ese nombre, poniéndose en peligro los beneficios del *goodwill* adquirido. En este sentido cualquier alteración en la misma -incluso aunque sólo fuera algún añadido de los indicados en *supra* n.3- podría afectar negativamente a la consideración de esa sociedad en el tráfico. Bajo esta concepción la razón pues, para conservar el nombre -haciendo prevalecer así el principio de estabilidad frente al de veracidad- radica en el esfuerzo de no romper la relevancia económica o la reputación que se personifica o viene representada por esa razón social.

9. Ciertamente no se puede dudar de la veracidad de las afirmaciones que ponen de relieve la estrecha conexión entre el nombre y la reputación, pero ha de advertirse sin embargo, que, jurídicamente esta interconexión no se produce realmente con la razón social de las sociedades -que como decimos está concebida como un signo de identidad personal del titular de la empresa-, sino con los signos distintivos de la misma (marca, nombre comercial, rótulo, etc), esto es, con aquellos signos que cumplen la función de distinguir los distintos elementos que conforman la empresa (productos, servicios, actividad, locales, etc), de otros idénticos o similares en un mercado concurrencial<sup>461</sup>.

En el caso de sociedades profesionales, por tratarse de sociedades de producción de servicios y no de bienes o productos, el signo distintivo por

---

<sup>461</sup> En realidad esta función, como el resto de cometidos económicos atribuibles a los signos distintivos del derecho industrial, vienen siendo tradicionalmente referidos a la marca del producto, conformando lo que se ha dado en llamar "*Teoría de las funciones de la marca*" (Sobre la misma vid. FERNÁNDEZ NOVOA, "Las funciones de la marca", *ADI*, 1978, pp. 33 ss; del mismo autor, *Fundamentos del derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1984). En cualquier caso, tal y como reconoce la generalidad de la doctrina, no existe ningún inconveniente serio que, en principio, impida reconocer al resto de los signos y en concreto al nombre comercial las funciones conferidas a la marca. En este sentido v. P. PORTELLANO, *La imitación*, p. 564; MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 103-105, y allí referencias.

excelencia será, como puede imaginarse, su *nombre comercial*, esto es, el nombre que utilizan para identificar su actividad profesional en el mercado<sup>462</sup>, y es por tanto a él y no la denominación social en sí (al menos -insistimos- tal y como está concebida conceptual y funcionalmente por nuestro ordenamiento) a quien jurídicamente debe considerarse como elemento condensador de la buena fama o reputación profesional<sup>463</sup>. Y ello con independencia, -y de aquí viene la posible confusión en la materia- de que el nombre que utilizan para distinguir su actividad en el campo profesional (registrado o no) coincida con el adoptado como razón social, como frecuentemente ocurre en la práctica<sup>464</sup>.

En el derecho comparado, son numerosas las afirmaciones doctrinales que justifican el mantenimiento del nombre de un antiguo socio en la razón social, en virtud de la estrecha conexión de la misma con la buena fama o reputación empresarial<sup>465</sup>. Ello no supone sin

---

<sup>462</sup>Junto al mismo no debe olvidarse tampoco la utilización de *marcas de servicios*. Mientras el nombre comercial sirve para identificar en nuestro ámbito, la actividad de la sociedad profesional en el mercado, el objeto de la marca de servicios recae precisamente sobre esa actividad, esos servicios profesionales. Identificación pues directa, de la actividad de la sociedad profesional (nombre comercial), y de los servicios que ese titular presta (marca de servicios). Es claro, según establece la propia ley de marcas de 1988, la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica -por tanto también los profesionales o las sociedades profesionales-, puedan obtener el derecho a la utilización y registro de marcas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por ley (arts. 11 y 12 Ley de marcas). Ante la imposibilidad de la superposición de la marca sobre una actividad, la misma se podrá emplear de modo indirecto sobre los medios que se realicen para la realización de esa actividad o servicio (piénsese por ejemplo en el instrumental médico) o a través de la publicidad (en la correspondencia, folletos de información...). La utilización de la marca de servicios aparece en efecto, íntimamente ligada a la publicidad, jugando también un papel muy importante en la conquista de la clientela. La liberalización de la publicidad que se está produciendo en los distintos sectores profesionales (v. de nuevo supra § 7.II) probablemente va a traer consigo que se generalice la utilización de estas marcas para la prestación de servicios profesionales, al objeto de distinguir y atraer clientela por los propios servicios. Estas marcas presentarán asimismo una relación directa con la reputación social, al identificarse ésta, además de con el nombre comercial (coincida o no con la razón social), con la marca utilizada para los servicios prestados. Para un estudio de las marcas de servicio puede consultarse G.BATTLE, "Consideraciones sobre la marca de servicio", ADI, 1.979-1980.

<sup>463</sup>En general sobre los nombres comerciales "de alto renombre" y "renombrados" que, merced a su sobresaliente dosis de buena fama y reputación, requieren de una protección reforzada, más allá de las limitaciones dimanantes del principio de especialidad, vid. un panorama general con abundante información en MIRANDA SERRANO, *Denominación social y nombre comercial*, pp. 107 ss.

<sup>464</sup>Adviértase que, de acuerdo con el art. 76 de la nueva Ley de Marcas, a diferencia del Estatuto sobre Propiedad Industrial, no se exige que el nombre comercial esté formado por el nombre social.

<sup>465</sup>En el derecho alemán esta orientación es adoptada expresamente por la reforma general proyectada del *Firmenrecht* al que ya nos hemos referido. En realidad el proyecto viene a corroborar la opinión de la mejor

embargo una contradicción valorativa con lo expuesto en el texto. La razón puede comprenderse sin dificultad: la *Firma* alemana de las sociedades y la *ragione* o *denominazione sociale* italianas, asicomo la *raison* o *denomination sociale* francesas cumplen, en opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, una función distintiva o diferenciadora, equiparable al resto de signos distintivos<sup>466</sup>, por lo que

doctrina alemana que sobre la base de los §§ 22 y 24 del HGB (relativos a la sucesión de la *Firma* con ocasión de la transmisión del negocio, y de posibles cambios en la composición subjetiva de la misma) y atendiendo a la importancia de la *Firma* en el ámbito comercial, ha pretendido dar prioridad al principio de estabilidad sobre el de veracidad. En efecto, frente a la consideración del principio de veracidad como regla general, siendo el de estabilidad una excepción al mismo (destacado exponente de esta postura es W.F.LINDACHER, "Firmenbeständigkeit und Firmenwahrheit", BB. 1.977, pp. 1676 ss.), se entiende que el principio general debe ser el de estabilidad (mediante la conservación de la razón social), y el de veracidad su frontera (en este sentido no se podrían contener indicaciones engañosas, la razón social debiera en todo caso estar integrada por la indicación de la forma social o abreviatura de la misma a la que represente...)(Así, CANARIS, *Handelsrecht*, § 11, pp. 173-174; K.SCHMIDT, *Handelsrecht*, § 12 III, pp. 276 ss. 282.). Con ello se pretende primar la protección de los intereses patrimoniales de las partes sobre el interés general de la seguridad del tráfico jurídico. En cualquier caso ha de aclararse que esta prioridad que se otorga al principio de estabilidad no es una prioridad absoluta. La misma se condiciona necesariamente a un sistema de publicidad registral, de tal forma que sólo en los casos donde se haga constar registralmente la salida del socio cabría hacer prevalecer el principio de estabilidad sobre el principio de veracidad. Así se expresa CANARIS, *Handelsrecht*, p. 174: *Erträglich wird dieser Kompromiss zwischen zwei gegenläufigen rechtlichen Wertungen dadurch, dass (...) das Ausscheiden von Gesellschaftern (...) zum Handelsregister anzumelden und in dieses einzutragen ist. Ist das geschehen, kann man sich wenigstens aus dem Register korrekt informieren; ist es nicht geschehen bietet § 15 HGB (Wirkung der Eintragung) einen weitreichenden Verkehrsschutz.* Como decimos el nuevo proyecto corrobora esta posición modificando a tal efecto la redacción de ambos párrafos. La finalidad de las mismas es aclarar que, la hasta ahora *Firma* puede continuar cuando, el hasta ahora propietario, o socios, pierdan su condición de tales, así como cuando la firma contenga el nombre de socios separados o excluidos. *Insoweit wird auch künftig der Grundsatz der Firmenbeständigkeit Vorrang gegenüber dem Grundsatz der Firmenwahrheit genießen.* Para un análisis detallado del nuevo proyecto de ley con las orientaciones y fundamentaciones que han guiado al mismo vid. ZIP, "RefE Handelsrechtsreform- Firmenrecht", 1.996, pp. 1.409 ss. Un resumen del mismo en *supra* nt.436. Esta es asimismo la solución adoptada por la ley alemana reguladora de la *Partnerschaft*, cuyo § 2, establece la posibilidad de conservar el nombre de un antiguo socio después de su retirada de la sociedad o su muerte, siempre que él mismo o sus herederos así lo hayan acordado expresamente y siempre que las correspondientes leyes profesionales no establezcan otra cosa. Sobre la cuestión v., MEILICKE, en AAVV. *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, pp. 68 ss; HENSSLER, *PartGG. & 2*, p.111. También el legislador italiano se mueve en la misma dirección. En efecto, el art. 2292 *Codice civile*, preve expresamente la conservación *nella ragione sociale del nome del socio receduto o defunto se il socio receduto o gli eredi del socios defunto vi consentono*. La conclusión que obtiene de ello G.GUGLIELMETTI es que el legislador ha optado por dar preferencia al principio de inalterabilidad respecto al de la veracidad de la razón social (G.GUGLIELMETTI, *Riv. Soc.* 1968, pp. 478 ss). El legislador -afirma este autor- ha tenido en mayor consideración los intereses de la sociedad en la conservación de su nombre social. En este sentido también, FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 1.994, 9ª ed., p. 349. En todo caso -afirma este último- aunque el legislador haya hecho prevalecer la inalterabilidad frente a la veracidad no ha olvidado la posibilidad de que el socio separado o los herederos del causante no deseen la continuación de la sociedad con su nombre. Por lo tanto, aunque prevalece el primer principio frente al segundo, en todo caso la inalterabilidad debe ceder a su vez frente a una manifestación contraria de voluntad de aquel o de aquellos que bajo la tutela del nombre propio se opongan a la continuación de ese nombre. En otros términos -continúa este autor- : mientras el interés de los terceros sucumben frente a los de la sociedad, el interés individual del ex socio (o sus herederos) es preferido al social.

<sup>466</sup>En este sentido la jurisprudencia gala por ejemplo viene afirmando asiduamente que el nombre patronímico de la sociedad, esto es, su denominación social, en la medida que se inserta en los estatutos sociales, se convierte en un signo distintivo, que se desliga de la persona física que lo aporta para aplicarlo a la

bajo este aspecto no es extraño que se atribuya a las mismas esta función condensadora de la buena reputación empresarial (*goodwill*<sup>467</sup>, y entre la doctrina italiana *avviamento*<sup>468</sup>).

10. La consecuencia de esta consideración no se deja esperar: el *argumento reputacional y colector de clientela* que, ciertamente, resulta fundamental en ámbitos como el profesional, *no se va a ver obstaculizado ni perjudicado por el hecho de cambiar la razón social* en el Registro Mercantil, tal y como impone el legislador (art. 401 RRM), *siempre y cuando esa (antigua) denominación pueda ser utilizada como nombre comercial en el campo profesional*<sup>469</sup>. En efecto, la sociedad puede seguir actuando en el

---

persona jurídica que la distingue, convirtiéndose así en un objeto de propiedad incorporal. Vid. en este sentido abundantes referencias jurisprudenciales en CAHVANNE/BURST, *Droit de la propriété industrielle*, pp. 774. En Italia la doctrina llega a esta conclusión a la vista del texto del *codice civile*, el cual después de hacer un llamamiento en su artículo 2567, a las normas que regulan la formación de la razón social de las sociedades de personas (art.2292 para las colectivas; art.2314 para las comanditarias simples) y de la denominación social para las sociedades de capital (art.2326 para las sociedades anónimas; art.2463 para las comanditarias por acciones) reenvía además, para la regulación de las mismas, al art.2564 CC relativo a la modificación de la *ditta*, que requiere que se introduzcan en la *ditta* elementos de diferenciación idóneos al objeto de conferirle un carácter individualizador. Esta constatación revela así la doble función de la denominación. Así R.FRANCESCHELLI, *Studi reuniti di Diritto Industriale*, 2ªed., Milano, 1972, pp. 187-188. La equiparación de la denominación social al resto de signos distintivos, justifica así que tanto en Francia como en Italia -a diferencia del ordenamiento español- se reconozca expresamente la inidoneidad de expresiones genéricas o descriptivas para la constitución de una denominación social. Vid., CAHVANNE/BURST, *Droit de la propriété industrielle*, pp. 774; V.MANGINI, *Il marchio e gli altri segni distintivi*, T.V. Padova, 1982, perteneciente al *Tratatto de Diritto Commerciali e di diritto pubblico dell'economia*, T.V.p.357.

<sup>467</sup>En este sentido CANARIS afirma que "*D[d]ie Firma repräsentiert u. U.einen erheblichen wirtschaftlichen Wert, da sich mit ihr der "good will" des Unternehmens verknüpft und dieses auch in sonstiger Hinsicht im Verkehr weitgehend mit seiner Firma identifiziert wird*": CANARIS, *Handelsrecht*, § 10, p. 157. En el mismo sentido justificando el interés de la *Partnerschaft* a la continuación de su denominación social tras la baja de un socio cuyo nombre forma parte de la misma, HENSSLER, *PartGG*, p.111: "*Viele Freiberufler-Gesellschaften haben wegen des mit dem Namen verbundenen Goodwill ein grosses Interesse an der Namenskontinuität*".

<sup>468</sup>En esta línea FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 9ª ed., 1.994, p. 349, afirma que: Data la sua funzione distintiva, è intuito che se la ragione sociale dovesse cambiare ogni quavolta il socio, il cui nome figura nella medesima, cessasse di far parte della società, questa rischierebbe di non essere presa per la stessa, ma considerata come una società nuova, perdendo il credito faticosamente acquistato e sviando la clientela. Con anterioridad W.BIGIARI, "Ragione sociale della collettiva", en *Giur.it.*, 1.946, n.5: Accogliere la tesi contraria significherebbe annullare il valore pratico dell'eccezione, che questa mira a far sì che la primitiva ragione sociale possa persistere inalterata, affinché l'avviamento non abbia a soffrire; COSTI, *Il nome*, p.249, destaca la relevancia de la razón social como apportatrice di avviamento; en igual sentido G.GUGLIELMETTI, *Riv. Soc.* 1968, pp. 478 ss, 501; FERRI, *Le società*, p. 258.

<sup>469</sup>Conviene insistir en que, partimos del consentimiento del socio o los herederos en la utilización societaria del nombre de un profesional.

tráfico con el mismo nombre que lo ha venido haciendo hasta ahora<sup>470</sup> (no se olvide que partimos , la única diferencia es que en un principio ese nombre con que la sociedad se ha dado a conocer al tráfico ha venido coincidiendo con su razón social, y desde la baja del socio deja de coincidir. Obvia decir que si la sociedad profesional se conoce en el tráfico por un nombre determinado que desde el principio no se ha hecho coincidir con su razón social, la modificación de ésta ante la baja de un socio que aportó su nombre no afecta en nada a este aspecto reputacional y colector de clientela que ahora tratamos.

11. La regulación positiva no atenta pues -como pretenden hacer ver algunos sectores doctrinales- contra los intereses reputacionales de la sociedad profesional.

Dicho esto, no estaría de más proponer de *lege ferenda* que, lo mismo que se ha roto el principio de veracidad en la ley de marcas al permitir que el nombre comercial no coincida con el del titular, el legislador permitiera asimismo la utilización del nombre de un antiguo socio en la denominación social. Esta proposición constituiría una nueva adecuación de la regla de derecho a la realidad jurídica, en la que existen ejemplos de denominaciones sociales que contienen el nombre de una persona que no forma parte de la sociedad, y encajaría asimismo dentro de la otra proposición realizada acerca de adoptar un principio general de libre configuración de las denominaciones expuesto en el apartado anterior (v. *supra* II). Esta es por lo demás la solución adoptada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades profesionales (art.5.2).

---

<sup>470</sup>La Ley de Marcas admite abiertamente en su artículo 79 la transmisión del nombre comercial, o mejor dicho, la cesión del uso de este nombre junto con la de la empresa (sociedad). El régimen de transmisión queda

## § 20. La aportación en las sociedades profesionales. Preliminar.

Como en cualquier otra sociedad, la principal obligación de los socios en una sociedad profesional es su *obligación de aportar*, la cual se configura como presupuesto jurídico para adquirir la condición de socio.

Como es sabido, la obligación de aportación puede configurarse a través de distintos comportamientos, pudiendo consistir en "bienes, dinero o industria" (art. 1.665 C.c). La aportación de *dinero o bienes*, no ofrece en principio, particularidad alguna cuando ha de aplicarse a las sociedades profesionales, por lo que procede remitir su análisis a los trabajos que se ocupan de las mismas con carácter general<sup>471</sup>. Especial referencia merece sin embargo, la prestación de actividad de los socios profesionales. La razón puede comprenderse sin dificultad. Dado que las sociedades profesionales se constituyen para el ejercicio en común de una profesión, parece obvio que la prestación de actividad de sus miembros constituya habitualmente su aportación principal. Típicamente, la prestación de actividad consiste en un *facere* por el que el profesional pone a disposición de la sociedad sus conocimientos y trabajo personal. En las páginas que siguen nos concentraremos en el examen de las distintas formas para articular jurídicamente la prestación de actividad, examinando, en primer lugar, la aportación de actividad en sentido estricto, en sus formas societarias y no societarias (v. *infra* § 21) para analizar a continuación otras prestaciones

---

sin embargo en el aire.

<sup>471</sup> La única particularidad que podría mencionarse a este respecto y que ahora simplemente recordamos por haber sido tratada en otro momento, se refiere al eventual establecimiento de un *límite en relación a las aportaciones de capital en manos de no profesionales*, tratando de asegurar con ello el normal desarrollo de la profesión sin interferencias de intereses ajenos a la profesión. Límite que, como vimos en su momento, si bien varía cuantitativamente de unas regulaciones a otras, siempre garantiza la mayoría del capital social en manos de profesionales. Vid. *supra* §7,II.

frecuentes en la práctica societaria profesional y que podrían denominarse como aportaciones atípicas de actividad, como son la abstención de competencia, la aportación del nombre, y la aportación de la clientela (v. *infra* § 22).

## § 21. Prestación de actividad en las sociedades profesionales.

### I. ARTICULACION JURIDICA DE LA PRESTACION DE ACTIVIDAD.

1. Los socios profesionales ponen a disposición de la sociedad sus conocimientos y experiencia técnica o profesional contribuyendo así a la consecución del objeto social<sup>472</sup>.

Como es sabido, la prestación de actividad puede configurarse a su vez, bien como una *obligación de medios*, bien como una *obligación de resultado*<sup>473</sup>. Lo normal es que el socio se comprometa a prestar a la sociedad sus servicios profesionales sin consideración a un resultado predeterminado,

---

<sup>472</sup>La sociedad profesional tiene en efecto, " como base, no una comunidad de cosas, sino una comunidad de aptitudes, actividad e inteligencia" (CASTAN, *Código Civil de Mucius Scaevola*, XXV-1, Madrid, 1931, pp. 566-567). Transcripción tomada de García Pérez, *Ejercicio en sociedad*, p.164.

<sup>473</sup>El que la prestación de servicios se configure como una modalidad de la prestación de hacer no ofrece duda alguna. Tampoco debe suscitar ninguna duda la configuración de las obligaciones de resultado como una prestación de *facere*, toda vez que, como es sabido, cuando una persona asume la obligación de proporcionar con su propio trabajo un determinado resultado, está asumiendo también una obligación de hacer. Sobre estas dos categorías de obligaciones puede consultarse una amplia bibliografía. Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1.987, y allí esp. pp. 100 ss; 169 ss, 172 ss, 229-230, 232-233, 266 ss, y 456 ss; del mismo autor "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", en RGLJ, 1.985, pp. 29 ss, esp. 36 ss, 56 ss; del mismo autor "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en ADC, 1.991, pp. 5 ss, 20, y allí abundante bibliografía; L. MENGONI, "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Riv.dir.com.*, 1.954.I, pp.185-209; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, en *Commentario Scialoja/Branca*, Roma-Bologna, 1.988, sub. art.1.176 Cc it., pp. 456 ss; MARTY/RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1.980, 3ªed., pp.3-4; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, pp. 253 ss; DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1.996, PP. 239 ss. Para un panorama general sobre los contratos de servicios y de obra con los profesionales v. M<sup>o</sup>.T.ALONSO PEREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.

pauta que responde perfectamente a su carácter de sociedades de trabajo en común, en la que el riesgo de las actuaciones de cada uno de los miembros se comparte entre todos los socios. Nada obsta, naturalmente, para que asistamos a formas atípicas en las que la prestación se configure por la autonomía privada como una obligación de resultado o de obra obligándose, por ejemplo, el abogado a elaborar un número determinado o indeterminado de informes o el arquitecto a ejecutar los proyectos que la sociedad le proponga<sup>474</sup>.

La calificación que se acaba de exponer se refiere, obviamente, a la relación entre el profesional y la sociedad de la que forma parte. No prejuzga, en absoluto, el carácter que deba atribuirse a la obligación asumida por la sociedad frente al cliente, mandante o paciente. Así, por ejemplo, y aunque la cuestión es discutida, la doctrina más reciente afirma que la obligación de la sociedad auditora frente a la entidad auditada ha de calificarse como un contrato de obra en el que la empresa de auditoría asume una obligación de resultado: la emisión del informe de auditoría. Pero tal calificación no tiene ningún efecto respecto de la relación entre el auditor y la sociedad de auditoría que, como aquí venimos sosteniendo, ha de calificarse, normalmente, como una obligación de actividad<sup>475</sup>.

2. La prestación de actividad del profesional a favor de la sociedad puede articularse a través de distintas vías o "títulos". Si el profesional es socio, la prestación se articulará lógicamente a través de mecanismos societarios -nos referimos a la *aportación de industria*, característica de las

---

<sup>474</sup>Sobre supuestos específicos de obligaciones de resultado de los profesionales vid. M<sup>º</sup>.T.ALONSO PEREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, pp. 150 ss.

<sup>475</sup>F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación prescripción*, Madrid, 1.996, p.42. La particularidad de estos casos es que el régimen jurídico diferirá según se tome como referencia el cumplimiento para con la sociedad o para con el cliente. Sobre cuando se considera que se ha cumplido en uno y otro caso vid. lo que se dirá más adelante.



sociedades de personas y a las *prestaciones accesorias*, típicas de las sociedades de capital-. Si el profesional no es socio, prestará sus servicios básicamente, bien como trabajador, esto es, sometido al régimen de derecho laboral, bien como "asociado", es decir, a través de un contrato de arrendamiento de servicios.

Es obvio que una sociedad profesional respetará en mayor medida la concepción tradicional del ejercicio de las profesiones liberales en la medida en que los profesionales que trabajan en común lo hagan ligados por un vínculo societario. Si todos los profesionales que trabajan en común son socios, la sociedad profesional resulta una expresión perfecta del ejercicio en común pero liberal de una profesión. Por el contrario, si la mayor parte de los profesionales están ligados a la sociedad por vínculos no societarios, se habrá desplazado el objeto social del ejercicio en común de la actividad profesional al de su mera organización<sup>476</sup>.

No obstante lo anterior, la frecuencia con que en la práctica se observa la contratación de servicios profesionales a través de contratos de trabajo o de arrendamiento de servicios indica que deben existir ventajas para las partes derivadas del recurso a estas formas contractuales que no pueden obtenerse recurriendo al contrato de sociedad directamente. En efecto, el hecho de que el principal activo de estas sociedades venga constituido por el capital humano de sus socios explica estas prácticas. Este tipo de capital no es fácilmente valorable ni puede desembolsarse *uno actu*. Consecuentemente la sociedad debe recurrir a fórmulas que le permitan calibrar y valorar la calidad de la aportación que cada profesional individual podría realizar a la sociedad antes de incorporar a un nuevo profesional como socio. Lógicamente este

---

<sup>476</sup> Así, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.165.

proceso exige un período más o menos largo de tiempo que excluye la posibilidad de atribuir la condición de socio a un profesional determinado en el momento en que se incorpora al ejercicio en común. El contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios permiten resolver así un problema para cuya solución el contrato de sociedad resulta inidóneo: la articulación de la relación entre la sociedad y aquellos profesionales respecto de los cuales la sociedad carece de información suficiente acerca del valor de su capital humano<sup>477</sup>. Al mismo tiempo, se explica así también por qué la incorporación a una sociedad de un profesional que ya goza de una reputación propia se produce normalmente en condición de socio.

El recurso al arrendamiento de servicios o a la relación laboral aparecen así, como arreglos organizativos en virtud de los cuales los profesionales (*socios*) con exceso de capital humano en forma de clientela, pueden encargar los servicios a otros profesionales cuyo capital humano se concentra principalmente en su capacidad de trabajo (*asociados o trabajadores*). Si este intercambio de capital humano es voluntario, habrá que suponer que es mutuamente beneficioso. En efecto, sobre la consideración más simple del capital humano entendido como un conjunto de factores tales como el talento,

---

<sup>477</sup> La afirmación del texto no es del todo exacta. En efecto, podrían imaginarse recursos societarios para resolver el problema expuesto. Pero los recursos societarios no parecen, en general, especialmente diseñados para permitir a la mayoría de los profesionales asociados la revocación de su relación con un nuevo *partner*. En efecto, el contrato de sociedad muestra una resistencia notable a su "rescisión parcial" tanto en el ámbito de las sociedades de personas como en el de las sociedades de capital. En las primeras, el recurso natural para dar por terminada la relación no es ni la separación ni la exclusión de socios, sino la disolución de la sociedad (arts. 1701, 1705 ss Cc; arts. 221 y 222 C de c), recurso que no puede utilizarse para apartar a un socio simplemente porque la "calidad" de su prestación profesional no se corresponda con las expectativas de los demás socios. En las sociedades de capital, las posibilidades que ofrecen los modelos legales son aún más limitadas dada la función más residual que corresponde a la institución de la exclusión. Una alternativa pasa por la figura de los "socios a prueba", es decir, socios cuya condición de tal es claudicante y sometida a la "aprobación definitiva" por parte de los demás socios. Para articular jurídicamente esta posición podría recurrirse a la institución de la exclusión de socios, previendo contractual o estatutariamente la posibilidad de que los demás socios pudieran excluir al "socio a prueba" *ad nutum*, esto es, sin necesidad de alegar causa alguna como sucede, en el ámbito laboral con el despido durante el período de pruebas. No obstante, las reticencias de la doctrina mayoritaria para admitir la validez de cláusulas semejantes explican el recurso, en la práctica, a los mecanismos descritos en el texto. Sobre la exclusión de socios en sociedades profesionales v., *infra* §§ 36 Y 37.

la experiencia, la reputación o relaciones que permiten a los profesionales atraer negocios, se construyen arreglos contractuales que permiten un eficiente reparto del capital humano para ambas partes. La renta de ambos puede ser incrementada si intercambian "el exceso" de aquellas formas de capital humano de las que disponen a cambio de capital humano en formas en las que son deficitarios. Así, los socios proporcionan su clientela a los profesionales trabajadores o asociados que, a cambio, ofrecen su exceso de capacidad de trabajo, esto es, la capacidad para realizar más trabajo del que pueden procurarse. No es, pues, puramente metafórica la concepción que ve la estructura organizativa de las modernas sociedades profesionales como un mercado en cuyo seno se intercambian distintas formas de capital humano<sup>478</sup>. Se justifica así que debamos ocuparnos de las distintas modalidades de prestación de actividad profesional incluyendo no sólo las societarias (v. *infra* II y III), sino también las no societarias (v. *infra* IV).

## II. MECANISMOS SOCIETARIOS PARA ENCAUZAR LA PRESTACION DE ACTIVIDAD DE LOS SOCIOS.

### *1. La aportación de industria y las prestaciones accesorias.*

---

<sup>478</sup> V., en el ámbito concreto de las sociedades de abogados T. GALANTER/T. PALAY, *Tournament of lawyers. The transformation of the big law firm*, Chicago, 1.991; T. GALANTER/T. PALAY, "Why the big get bigger: the promotion-to-partner tournament and the growth of large law firms", *Virginia L.Rev.*, 1.990, vol.76, pp. 747 ss; en el mismo sentido, J.GILSON/R.MNOOKING, "Sharing among the human capitalists: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stan.L.Rev.*, vol.37, (1.985), pp.313 ss; de los mismos autores, "Coming of Age in a Corporate Law Firm: The Economics of Associate Career Partners", *Stan.L.Rev.*, 1.989, vol.41, pp. 567 ss; V.R.JOHNSON, "On Shared Human Capital, Promotion Tournaments, and Exponential Law Firms Growth", *Texas L.Rev.*, 1.991, vol.70, pp. 537 ss; R.NELSON, "Of Tournaments and transformations: explaining the growth of large law firms", *Wisconsin L.Rev.*, 1.992, pp. 733 ss.

1. En las sociedades de personas, la prestación de actividad se articula societariamente a través de la institución de la aportación de industria. El profesional adquiere a través de ella la condición de socio. No sucede lo mismo en el ámbito de las sociedades de capital en las que, como es sabido, el legislador prohíbe la prestación de trabajo o servicios como objeto de aportación en sentido técnico jurídico.

La doctrina recibida hace descansar esta prohibición sobre la función y los principios del capital social. Bajo esta concepción, el capital social es un fondo de garantía, y por tanto, las aportaciones que sirvan para dotarlo deben ser consecuentemente activos aptos para servir como garantía<sup>479</sup>. Dadas estas premisas no debe extrañar que la aportabilidad de un activo se condicione a principios como el de su *ejecutabilidad singular* -ésta es la vieja pretensión de las que se han dado en llamar "tesis garantistas fuertes"-<sup>480</sup>, o, por lo menos a su *recuperabilidad*, -como postulan las llamadas "tesis garantistas débiles"-. Estas últimas, claramente prevalecientes en la actualidad, postulan que, únicamente puede aportarse bienes que, *como mínimo*, presenten el requisito de su objetiva valoración y que ofrezcan la posibilidad de *recuperar su valor* en caso de crisis para atender a los intereses de los acreedores sociales<sup>481</sup>.

---

<sup>479</sup>V. en nuestra doctrina más clásica GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.947-1.964, I, I, p.441; GIRON, *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1.952, p.218. La misma idea se refleja en los más recientes comentarios generales a las sociedades mercantiles. Así, v. LOJENDIO OSBORNE, en su comentario al art.36 de la LSA, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, III, Madrid, 1993, pp. 17-57.

<sup>480</sup>Sólo de esta manera se garantiza la posibilidad de que cualquier acreedor individual puedan hacer efectivo su crédito con cargo a los activos aportados por los socios. De acuerdo con estos postulados el ámbito de la aportabilidad queda circunscrito por los bienes o derechos embargables y ejecutables. Esta tesis es ampliamente desarrollada en Italia por SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", en *Riv.dir.civ.*, 1.958, I, pp. 1 ss; id. *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1.959. Una brillante síntesis de la misma es llevada a cabo por OLIVIERI, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, pp. 13 ss. Este criterio es ampliamente descartado en la actualidad. VICENT CHULIA, *Compendio*, I, I, p.433; GARRIDO DE PALMA, en AAVV, *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación*, Madrid, 1.990, 3ªed., p.148; I.LOJENDIO, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, III, Madrid, 1993, pp. 35-37.

<sup>481</sup>Dos son los requisitos fundamentales que la doctrina suele exigir para predicar la recuperabilidad de un activo: la *transmisibilidad* del mismo, y su *estabilidad*. Vid. un apunte sobre los mismos en C. PAZ-ARES,

Así las cosas, la propia naturaleza de las aportaciones de servicios da idea de la razón de su exclusión: resulta indiscutible la incapacidad de la aportación de servicios para servir de garantía a los acreedores, toda vez que se trata de prestaciones que se van a efectuar de una manera continuada en el futuro y que consisten en una actividad personal<sup>482</sup>.

Aunque el carácter imperativo de la prohibición parece insalvable, la consideración del capital social como un *fondo de garantía* no parece una construcción satisfactoria. En consonancia con la doctrina más reciente, entendemos que -de *lege ferenda*- habría que dar una mayor relevancia a la función de productividad del mismo, esto es, a la consideración del capital como un *fondo de explotación*<sup>483</sup>. Desde este punto de vista, serían susceptibles de aportación todos los activos que resulten adecuados para la explotación del objeto social. El fundamento de esta postura descansa en la idea de que la configuración del capital social no debe basarse exclusivamente en un buen respaldo económico invertido en la sociedad que sirva de garantía a los acreedores, sino en que el mismo esté constituido por todas aquellas aportaciones que de una u otra manera hagan crecer la productividad y el rendimiento de la sociedad. Tal y como se ha afirmado, la mejor garantía que puede ofrecer una empresa a los terceros acreedores, consiste en lograr una empresa social más productiva<sup>484</sup>. No parece necesario insistir en el valor

---

"La aportación de uso en las sociedades de capital", en RdS. 1.995 nº. extraord. *In extenso* en "El puzzle de las aportaciones no dinerarias", de próxima publicación, y allí abundante bibliografía.

<sup>482</sup> Así, I.LOJENDIO en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Aportaciones sociales. Dividendos Pasivos*, III, Madrid, 1993, pp. 38-44.

<sup>483</sup> Seguimos en esto la postura adoptada en nuestra doctrina por PAZ-ARES, la cual fue planteada por primera vez en PAZ-ARES "Sobre la infracapitalización de las sociedades", *ADC*, 1.983, pp.1586-1639. Posteriormente un apunte de la misma en PAZ-ARES, "Las aportaciones de uso en las sociedades de capital", *RdS* [núm.extra], 1.995. Pendiente de publicación, "El puzzle de las aportaciones no dinerarias".

<sup>484</sup> "A los futuros acreedores no les interesa tanto que el patrimonio social sea ejecutable o recuperable en sede de liquidación cuanto que sea económicamente productivo, es decir, apto para generar caja (...). La

productivo del trabajo en sociedades que, como las profesionales, se constituyen sobre el capital humano de sus socios. La consideración de la actividad profesional como un factor de producción necesario en estas sociedades, debería llevar consecuentemente a su integración en la cifra del capital social<sup>485</sup>.

2. La prohibición legal de la aportación de industria en las sociedades de capital no constituye sin embargo, un obstáculo infranqueable. En efecto, la imposibilidad de una aportación de actividad con cargo al capital, es posible realizarla indirectamente con cargo al patrimonio social a través del recurso a las *prestaciones accesorias* (arts. 36 II LSA, y art.22 LSRL)<sup>486</sup>. Sin

---

*tesis garantista hace un análisis estático de la vida de la empresa, y por eso se fija en el valor de liquidación de las aportaciones. La realidad económica es, sin embargo, dinámica; y bajo esta perspectiva, la mejor garantía para terceros viene dada por la productividad de la empresa social*"; PAZ-ARES, en "El puzzle de las aportaciones no dinerarias"; anteriormente en esta línea "Infracapitalización", ADC, 1983, p.1611; VERGEZ, *El socio industrial*, Madrid, 1972, pp.74-76. En la doctrina comparada DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nella società di persone*, Milano, 1967, pp. 86 ss; G.B. PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, Milano, 1969, pp. 13 ss. del mismo autor, "Capitale sociale e conferimenti nelle società per azioni", *Riv.Soc.*, 1.970, p. 34.

<sup>485</sup>Esta es por lo demás la solución que ha adoptado el legislador francés para las *sociétés d'exercice libéral* a través del artículo 30 de la ley de 31 de diciembre de 1990 que las regula, derogando a tal efecto la última frase del artículo 10 de la ley del 66 de sociedades civiles profesionales que disponía que las aportaciones de industria no concurrían a la formación de capital social. Así las cosas, en esta última ley se establecen tres tipos de aportación: la aportación dineraria, la aportación *in natura* (entre ellas se encuentra la llamada aportación de clientela o *droit de présentation*), y la de industria. Esta última, a diferencia de las dos anteriores no daba lugar a la formación de capital, y mientras las primeras convertían a sus socios en titulares de *parts sociales*, las segundas eran únicamente objeto de *parts*. Debe decirse en todo caso que esta derogación particular resulta innecesaria después de que la ley de 10 de julio de 1982 haya añadido al artículo 1843-2 del código civil, (texto aplicable a todas las sociedades) una disposición de portata general equivalente. En cualquier caso nos parece acertada la opinión de NORMAND refiriéndose a las sociedades profesionales de capital, cuando afirma que "el criterio que conduce al advenimiento e integración de las aportaciones de industria o a su eliminación debe buscarse en la compatibilidad de estas aportaciones con el objeto social de la sociedad, cualquiera que sea la forma civil o comercial de ésta última". P.E. NORMAND, "Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés du capital d'exercice libéral", en *Sem.Jur. Ed. Not.*, n° 28, 1.990, pp. 282-288. Palabras transcritas por GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.293.

<sup>486</sup>Sobre las prestaciones accesorias vid. J.BARBA DE VEGA, *Las Prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1.984, en especial y por lo que se refiere a prestaciones de actividad pp. 335 ss; más recientemente, M.SACRISTAN REPRESA, "Las prestaciones accesorias", en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, [RODRIGUEZ ARTIGAS/GARCIA VILLAVARDE/FERNANDEZ DE LA GANDARA/ALONSO UREBA/VELASCO SAN PEDRO/ESTEBAN VELASCO (coord.)] I, Madrid, 1996, pp. 363 ss; M.J.PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, RdS Monografía, n.7, Pamplona, 1996; A.MARTINEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Bosch, Barcelona, 1997. El recurso a las prestaciones accesorias es asimismo propuesto por M.RESCIGNO, *Società fra professionisti*, p.107, para introducir la

embargo, a diferencia de las aportaciones de industria, las que ahora nos ocupan, no se configuran como una aportación en sentido técnico jurídico, ni por tanto actúan como presupuesto jurídico de la condición de socio; quien las realiza no puede recibir a cambio de esta prestación acciones o participaciones sociales. Estas prestaciones se configuran como obligaciones sociales técnicamente accesorias de la obligación principal que todo socio tiene que hacer al capital social<sup>487</sup>. Ello significa que sólo quien es socio puede asumir la obligación de realizar prestaciones accesorias, las cuales dependen y se justifican legalmente por la obligación principal del primero<sup>488</sup>.

Como puede imaginarse, en el ámbito de las sociedades profesionales, la configuración de la prestación de actividad bajo la forma de prestaciones accesorias provoca que lo que es accesorio desde el punto de vista jurídico sea principal económicamente<sup>489</sup>. De ahí que en este y en otros casos donde el capital humano aportado ostente un valor económico muy superior al que representan las aportaciones de capital físico no sea extraño que éste último se aproveche simplemente para regular la posición de éstos dentro de la sociedad, es decir, de sus derechos administrativos y patrimoniales.

---

prestación de servicios en las sociedades profesionales de capital. En el mismo sentido CAPILLA, "Sociedades de profesionales", en *Ejercicio en grupo*, p.249. Por su parte TORRALBA SORIANO, poniendo de manifiesto la unidad inescindible entre prestaciones accesorias y acciones afirma que en el caso de tratarse de una sociedad profesional, será requisito *sine quanon* para ser accionista tener la cualificación profesional para realizar las prestaciones accesorias y reunir todos los requisitos para poder llevarlas a cabo: TORRALBA SORIANO, "Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas", *Homenaje Menéndez*, T.II, Sociedades Mercantiles, Madrid, 1996, pp. 2589 ss, 2590-2591.

<sup>487</sup>La subordinación funcional del conjunto de prestaciones accesorias al capital social ha llevado a algún autor a considerar incompatible la integración de la actividad profesional en las sociedades de capital. Así, MONTALENTI, "Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di engineering", en *Giur.comm.*, 1.986, p.861.

<sup>488</sup>El que las mismas aparezcan configuradas como obligaciones sociales efectuadas exclusivamente por quienes son socios, esto es, la estrecha vinculación de las mismas a la condición de socio, así como a la propia estructura social a través de su inserción en el contrato social, diferencia esta técnica societaria de otros posibles mecanismos de vinculación de la actividad profesional extrasocietarios, como el contrato de trabajo o el arrendamiento de servicios. Así, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.168.

<sup>489</sup>Vid. VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 70-71.

2. Régimen jurídico aplicable a la prestación de actividad profesional a través de mecanismos societarios.

1. La articulación de los servicios profesionales a través de cualquiera de los dos mecanismos societarios mencionados convierte la prestación de actividad en una *obligación societaria*. El socio la asume *como socio* y no como tercero. Forma así parte del contenido de la relación jurídico-social, es decir del complejo de derechos y deberes que integran la posición jurídica del socio<sup>490</sup>. Consecuentemente, su régimen jurídico será el propio de las obligaciones sociales<sup>491</sup>, lo que implica que *su disciplina legal vendrá dada por el Derecho de sociedades en general [v. infra a)], por las normas generales del derecho de obligaciones, [v. infra b)], y por las normas que derivan del objeto particular de la obligación aunque se encuentren en las que regulan los diferentes contratos [v. infra c)]*<sup>492</sup>. Naturalmente toda esta disciplina habrá de adecuarse con la que voluntariamente hayan estipulado las partes en la escritura social [v. infra d)].

a) Dentro de las *normas del Derecho de sociedades*, serán aplicables, en primer lugar, aquéllas que se ocupan específicamente de la obligación de

---

<sup>490</sup>La necesidad de que las prestaciones accesorias figuren en los estatutos sociales, como parte del contrato de sociedad ha sido previsto expresamente por el legislador, tanto para las sociedades anónimas (art. 9.1 LSA), como para las sociedades de responsabilidad limitada (art.22 LSRL), si bien la redacción de este último no parece muy afortunada. En cualquier caso el carácter necesario de dicho requisito parece fuera de toda duda. Así v. por todos, BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, pp. 271 ss; M.J.PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, RdS Monografía, n.7, Pamplona, 1996, pp. 195 ss; *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1997, pp. 23 ss. La necesidad de que las aportaciones de industria figuren en la escritura social puede deducirse del art. 119 C de c.

<sup>491</sup>De forma que, por ejemplo, su incumplimiento podrá acarrear la exclusión del socio. Por el contrario, el incumplimiento de contratos entre la sociedad y el profesional que no tengan naturaleza societaria darán lugar a la aplicación de los mecanismos generales del Derecho contractual.

<sup>492</sup>Seguimos en este punto el planteamiento y argumentación expuesto por BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, pp. 257 ss, por lo que respecta a la normativa aplicable a las prestaciones accesorias.



prestación de servicios por parte de los socios a la sociedad, como son, fundamentalmente, los artículos 1683 CC y 138 C de c, que imponen una prohibición de competencia a los socios y los artículos 9 l) LSA, y 22 y siguientes LSRL en la medida en la prestación de actividad se articule a través de prestaciones accesorias.

Serán aplicables, además, las normas que lo sean con carácter general a las obligaciones de aportación contenidas en la regulación legal de la sociedad de que se trate, esto es, a las aportaciones de bienes y dinero. No obstante, debe tenerse en cuenta que, en nuestra legislación, la prestación de actividad no integra el capital social no ya sólo en las sociedades de capital sino tampoco en las sociedades de personas<sup>493</sup>. No serán en consecuencia aplicables a las que nos ocupan las relativas a las que responden a particularidades propias de la aportación de dinero o bienes como integrantes del capital social tales como las referidas a la responsabilidad por la realidad y valoración de las no dinerarias, el desembolso, etc.

Excluídas éstas, no son muchas las disposiciones sobre las aportaciones directamente aplicables a la prestación de actividad. Cabe mencionar, sin embargo, y entre otros los art. 1707 Cc; 218 C de c, ambos referidos a las consecuencias del incumplimiento de la obligación asumida por los socios.

Por último, existen preceptos societarios que aún sin estar referidas específicamente a las aportaciones sociales han de aplicarse a la prestación de actividad. Por ejemplo, el carácter personalísimo de la prestación de actividad condiciona la aplicación de los preceptos relativos a la transmisión de la

---

<sup>493</sup>En las no puede hablarse de capital social. En efecto, hablar de capital social en las sociedades de personas puede hacerse sólo en un sentido diferente al que tiene en las sociedades de capital. En la sociedad colectiva, no existe propiamente un conjunto de bienes, dentro del patrimonio social, al que el ordenamiento atribuya funciones de garantía para los acreedores sociales. Esto no obsta, sin embargo, a que el establecimiento de un "capital social" cumpla funciones útiles en las relaciones internas, como la de servir de elemento regulador de la participación de cada socio colectivo en los beneficios sociales y cuota de liquidación.

condición de socio (v., art.24 LSRL). Lo propio acontece con los preceptos relativos a la modificación de estatutos en la medida que la modificación de la obligación de actividad implique una modificación de la escritura social, etc.

b) La insuficiencia de la normativa societaria para regular la prestación de actividad de los socios, hace necesario acudir en segundo lugar, a las *normas generales sobre obligaciones, contractuales, especialmente las referidas a las obligaciones de hacer* (artículos 1098, 1151-2º, 1161 CC, etc)-. Tal y como se ha afirmado, su aplicación no plantea en principio problema alguno toda vez que por su carácter de normas generales aplicables a todos los contratos son aplicables también al tipo especial de contrato que es el contrato de sociedad<sup>494</sup>.

c) Finalmente habrá que tener también en cuenta las *normas que derivan del objeto particular de la obligación*. Dado que la prestación de servicios profesionales debe calificarse, en general, como un arrendamiento de servicios<sup>495</sup>, serán aplicables a la prestación de actividad a favor de la

---

<sup>494</sup>En este sentido, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p.261.

<sup>495</sup>En este sentido vid. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil Español Común y Foral*, IV, Reus, 11 ed., Madrid, 1.981, p.518; M.ALBALADEJO, *Derecho civil*, Bosch 7ºed., Barcelona, 1.982, tomo II, Derecho de obligaciones, v.2º, p.281; J.DELGADO ECHEVARRIA, en *Elementos de Derecho Civil*, de J.L LACRUZ BERDEJO y otros, Bosch, Barcelona, 1.995, T.II, vol.2, p. 222; J.PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, T.II, vol.II, 2ªed. 1.982, pp. 397 ss; del mismo autor, *Compendio de Derecho Civil*, vol.II, 1.994, pp. 473 ss; J.M.FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984; E.LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, p.125; F.BONET RAMON, "La naturaleza jurídica del contrato de mandato, y el carácter de contrato de servicios celebrado por los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *RD*, 1935, p.392. En jurisprudencia, vid SSTs de 16 de febrero de 1.935 (Aranzadi núm.462); 18 de enero de 1.941 (Aranzadi núm.5); 22 de diciembre de 1955; 7 de junio de 1.958 (Aranzadi núm. 2.139); 2 de junio de 1.960 (Aranzadi núm. 2.072); 28 de octubre de 1.965 (Aranzadi núm. 4.746); 10 de junio de 1.975 (Aranzadi núm. 3.265), etc. En la propia ley 30/1.985, de 2 de agosto, reguladora del IVA se pone de manifiesto a través del art. 7º.2.1., el encuadramiento de las actividades profesionales entre las prestaciones de servicios. Para un panorama general de las distintas teorías sobre la calificación de las relaciones profesionales vid. Mª.T.ALONSO PEREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 65 ss.

sociedad por parte de los socios las normas previstas para dicho contrato<sup>496</sup>. En los casos, en los que, por tratarse de una prestación de resultado, la calificación correcta sea la del contrato de obra, habrán de aplicarse las normas correspondientes.

Como puede imaginarse, la aplicación de las normas del arrendamiento de servicios encuentra una limitación natural en el carácter societario de la prestación de actividad por parte de los profesionales en favor de la sociedad. Lógicamente no procederá una traslación *in totum* de la regulación legal de estos contratos. Habrá que distinguir "las que disciplinan el propio contrato y las que objetivamente reglamentan la prestación debida"<sup>497</sup>. Sólo estas últimas son, en principio, aplicables a la obligación del profesional de prestar sus servicios a la sociedad<sup>498</sup>.

No obstante, la regulación del contrato de servicios contenida en el Código civil es obsoleta e incompleta. Consecuentemente, la incardinación de la relación profesional-cliente bajo este tipo contractual resuelve únicamente, el problema de la *naturaleza jurídica* pero no el de su régimen jurídico, toda vez que no existe posibilidad de aplicar a las relaciones que nos ocupan ni una sola de las reglas contenidas en los artículos 1583 a 1587, únicas que el Cc ha previsto para el arrendamiento de servicios<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> Así, P.ULMER, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, en AAVV, *Münchener-Kommentar zum BGB*, 2ªed., 1990, § 705; en nuestra doctrina VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 169 ss; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1.417.

<sup>497</sup> Así BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p.261.

<sup>498</sup> En cualquier caso, la naturaleza social de la obligación de actividad asumida por el socio no deberá verse en lo más mínimo ni afectada ni desvirtuada por la aplicación de tal tipo de normas. En efecto, podrán aplicarse las normas relativas al contrato de servicios siempre que no estén en contradicción ni desvirtúen la naturaleza estrictamente social de la obligación. Y ello porque el recurso a las normas de este contrato se realiza única y exclusivamente en cuanto contrato típico con prestación principal semejante.

<sup>499</sup> Así lo pone de manifiesto también, L.ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, II-1, trad.esp. por B.PEREZ GONZALEZ/J.ALGUER, Barcelona 1966, Bosch, p.455.

Este es a nuestro juicio, el gran problema que plantea el régimen jurídico de las prestaciones de actividad en sociedad, frente al resto de aportaciones. En efecto, aunque afirmar que a la aportación de bienes por ejemplo, se le aplica supletoriamente las reglas establecidas para la compraventa nos resuelve el problema de su régimen jurídico, en el caso de prestación de actividad, afirmar que se aplican las reglas del contrato de arrendamiento de servicios sólo lo traslada. El legislador societario se dedica profusamente a regular los requisitos y condiciones de las aportaciones de bienes, y en su defecto la regulación de la compraventa es bastante completa. No sucede lo mismo sin embargo en el caso de la aportación de actividad, en el que como se ha apuntado, el legislador prácticamente no establece reglas específicas para la misma. El problema se agrava por la ausencia -hasta donde nosotros conocemos- de estudios doctrinales dedicados a exponer en profundidad el régimen jurídico propio de las prestaciones de actividad en sociedad<sup>500</sup>.

La conclusión no se deja esperar. Habrá que acudir al cuerpo de doctrina -este sí más elaborado- relativo al contrato de servicios para, sobre la base del mismo, aplicarlo analógicamente a la prestación de actividad.

d) Por último toda esta disciplina habrá de compatibilizarse y adecuarse con los *pactos que voluntariamente hayan estipulado las partes en la escritura social*.

2. Las principales *particularidades del régimen jurídico* aplicable a la prestación de actividad cuando se articulan a través de títulos societarios derivan, como puede suponerse, del carácter de negocio plurilateral de

---

<sup>500</sup>Excepción hecha de la obra de M. VERGEZ, *El socio industrial*.

organización que corresponde al contrato de sociedad<sup>501</sup> lo que nos conduce, básicamente, a los problemas relativos al *cumplimiento* [infra a) a c)] y al *alcance* de la obligación (infra III).

a) Como puede suponerse el cumplimiento de la prestación de actividad no se produce en un *momento* único, sino que al igual que ocurre en los contratos de duración, la ejecución de la misma se prolonga en el tiempo, normalmente a lo largo de toda la participación del socio en la sociedad. De esta manera la utilidad de los servicios prometidos requiere permanentemente de la actividad del socio. Esta ejecución de *tracto sucesivo* obliga a analizar los problemas relativos a la valoración de la actividad del socio y a la cuota de participación en las ganancias sociales que deba corresponderle, cuestiones estas que serán tratadas en el capítulo dedicado a la participación de los socios en los beneficios de la sociedad (v. *infra* §23 ss ).

b) Por lo que respecta a la *forma de cumplimiento* debe considerarse que el profesional ha cumplido, y por consiguiente, queda liberado, cuando despliega la actividad de acuerdo con las exigencias derivadas de la *lex artis* profesional, en los términos previstos en el contrato social y demás pactos existentes entre las partes<sup>502</sup>. Esta es una consecuencia evidente del carácter de obligación de medios que hemos expuesto anteriormente. La determinación de si ha existido o no cumplimiento se traslada entonces al examen de la diligencia o negligencia profesional<sup>503</sup>.

---

<sup>501</sup> Así GIRON *Derecho de sociedades*, p.483.

<sup>502</sup> Al respecto puede consultarse una amplia jurisprudencia. En Italia vid. la recopilación jurisprudencial realizada en torno a la *prestazione professionale o d'opera*, recogida y comentada por F.DI CERBO, *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Milano, 1.988, pp. 249-343.

<sup>503</sup> Si por el contrario el profesional asume una obligación de resultado para con la sociedad, sólo se considera que hay verdadero cumplimiento cuando -independientemente de la actividad real desempeñada, y, el mayor o menor esfuerzo, o duración del trabajo para la consecución del mismo-, el resultado ha sido obtenido. En estas obligaciones también forma parte del contenido de la prestación debida, una actividad diligente -la necesaria para la obtención del resultado debido-, pero, a diferencia de la de medios, tal actividad diligente no

Es importante recordar asimismo que la prestación de servicios profesionales que realiza el profesional para la sociedad debe *desarrollarse con arreglo a las normas y principios deontológicos propios de la profesión*. Como argumentamos más arriba (v., cap. *supra* §6 II), en ningún caso el ejercicio de la profesión a través de la sociedad puede constituir un obstáculo para el sometimiento de los socios profesionales a las reglas deontológicas y la disciplina corporativa que corresponda según su ordenamiento profesional.

c) En materia de *incumplimiento* el relieve obligacional de la prestación de actividad se hace más patente que en otros momentos de su desenvolvimiento. En efecto, la problemática general que plantea el incumplimiento de la prestación que nos ocupa es sustancialmente la misma que se plantea con ocasión del incumplimiento de cualquier otra obligación<sup>504</sup>. Ello va a permitir en este campo acudir con más frecuencia a las soluciones previstas en el Derecho de obligaciones.

Por ello y a los efectos que ahora interesan la cuestión debe centrarse en determinar los problemas específicos que puede plantear el incumplimiento de la prestación de actividad en cuanto obligación social, lo que nos lleva

---

agota el contenido de la obligación (que viene incorporada además por el logro del resultado debido). Esa actividad diligente es exigible al profesional como un deber accesorio e integrativo o complementario de su obligación -ex arts. 1.105 y 1.182 ss CC- tendente a preservar la posibilidad del cumplimiento de la prestación debida Vid., por todos, J.FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado", ADC, 1.991, pp. 5 ss, 19.

<sup>504</sup> Así por ejemplo de la forma de cumplimiento de estas obligaciones, se derivan las consecuencias relativas a la *carga de la prueba del incumplimiento*. En efecto, en las obligaciones de actividad la prueba de la culpa y la relación causal entre ella y el resultado corresponde a quien recibe los servicios. (En el ámbito médico son muchas las sentencias que declaran en el supuesto de obligación de medios del médico, la necesidad de que sea el paciente afectado quien muestre que la prueba de la culpa (así sentencias recientes en este sentido son las STS de 26-9-1994, 10-10-1994, 14-11- 1994; otras sentencias que reitera la citada doctrina en el ámbito médico pueden verse comentadas por YZQUIERDO TOLSADA, "Comentario a la STS de 31 de Enero de 1.990", en CCJC, n.22, enero-marzo, 1.990). Más información a este respecto dando cuenta de sentencias relativas a otro tipo de profesionales en J.FRAGA, "Obligaciones de medios y resultados", ADC, 1.991, pp. 74 ss). En el caso que nos ocupa, será pues la sociedad, acreedora de la actividad del profesional, quien tenga que mostrar la prueba de la culpa de este último. (Por contra, tratándose de una obligación de resultado asumida por el profesional, basta, como ya hemos dicho, no obtener el resultado para que se pueda hablar de culpa. Vid. la bibliografía citada a este respecto en las notas anteriores). Para una perspectiva general sobre la problemática que plantea el incumplimiento v. por todos, CRISTOBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, pp. 73 ss.

únicamente a ocuparnos de las medidas protectoras de las que dispone la sociedad para reaccionar frente al incumplimiento del socio. El contrato social puede prever, a semejanza de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de las relaciones laborales, toda una gama de posibles "sanciones" que vayan desde el simple apercibimiento o amonestación del órgano directivo recordando al socio la conducta que ha de seguir hasta la exclusión de la sociedad<sup>505</sup>. Naturalmente, y de acuerdo con las reglas generales, la sociedad dispone de una "acción de cumplimiento" para exigir que la prestación se ajuste exactamente a lo prometido por el socio. En muchas ocasiones, estas "sanciones" de la sociedad al socio deberán calificarse como cláusulas penales<sup>506</sup>. Dentro de estas últimas, merece una atención especial la *exclusión del socio incumplidor* a la que se dedicará un apartado especial en este trabajo (*infra* § 38).

### III. EL CONTENIDO O EXTENSION DE LA PRESTACION DE ACTIVIDAD: PROHIBICION DE COMPETENCIA.

1. Como se ha podido comprobar, los problemas relativos al cumplimiento de la obligación del socio de prestar su actividad profesional a la sociedad se diluyen en problemas generales del Derecho de sociedades. Si

---

<sup>505</sup> Aunque en el texto se utiliza la expresión "sanción", no estamos ante sanciones en sentido técnico jurídico. Tendremos ocasión de ocuparnos de ello de forma más extensa cuando abordemos el análisis de la exclusión de socios. Baste ahora señalar que las "sanciones" no caben en el Derecho Privado. V., ampliamente, J. ALFARO, "La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado", *ADC*, 1997, pp. 155-186.

<sup>506</sup> Puesto que nos movemos en sede de obligaciones, resultarán aplicables los artículos 1152 y 1155 CC y el artículo 56 del C de c. Por lo que en principio la pena sustituirá a la indemnización de daños salvo pacto en contrario; la sociedad no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, salvo que esta facultad le haya sido claramente otorgada. Por su parte el socio no podrá eximirse de cumplir la prestación pagando la pena, salvo en los casos en los que se hubiera reservado ese derecho. En general sobre las cláusulas penales aplicables a las prestaciones accesorias en las sociedades de capital vid. M.J. PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, RdS Monografía, 1.996, n.7, pp. 361 ss.

el socio cumple, el problema es el de la valoración de su actividad y, en consecuencia, determinar la participación que le corresponda en los beneficios sociales. Si el socio incumple o cumple defectuosamente, los problemas se remiten a la exclusión de socios o a los mecanismos contractuales a disposición de los demás para reaccionar frente a dicho incumplimiento. Un tratamiento específico lo exige, por el contrario, el problema del *contenido o extensión* de la obligación de prestar su actividad que pesa sobre el socio profesional. Se trata, en definitiva, de decidir si el socio profesional está obligado a prestar su actividad profesional con exclusividad a favor de la sociedad de la que forma parte. En otros términos, si pesa sobre él y *ex lege*, una prohibición de competencia.

2. En un principio, parece que la cuestión depende de la forma social a la que se hubieran acogido los socios. Así, en el *ámbito de las sociedades de personas*, la prohibición del ejercicio separado de la profesión encuentra su fundamento legal en el artículo 1.683 CC<sup>507</sup>, y en el artículo 137 C de c<sup>508</sup>. En las sociedades de capital, por el contrario, no hay referencias legales al deber de no competencia de los socios que prestan su actividad mediante prestaciones accesorias. Aún mas. Como es sabido, uno de los posibles contenidos de las prestaciones accesorias puede ser precisamente el deber de no hacer competencia a la sociedad, lo que en principio puede hacer pensar que este deber no afecta a los socios que prestan su actividad en la misma, si ello no se ha estipulado en los estatutos como contenido de su obligación.

---

<sup>507</sup> Aunque la prohibición expresamente sólo se refiere al socio industrial, la doctrina más atenta ha señalado que la obligación de no competir vincula también al socio capitalista. V.PAZ-ARES, *Comentario*, p.1422.

<sup>508</sup> Por su parte el artículo 136.I del C de c. también establece el deber de no competencia si bien referido a sociedades que no tengan un género de comercio determinado.



De lo que se trata, pues, es de determinar si, en estas sociedades y a *falta de pacto*, puede deducirse un deber de no competencia para los socios como concreción de su genérico deber de lealtad que les impone la obligación de colaborar de forma continuada a la promoción del fin común, cualquiera que sea el tipo social al que hayan recurrido los profesionales para organizar sus relaciones<sup>509</sup>. Para ello habrá que examinar cuál es el fundamento de la prohibición de competencia en el ámbito de las sociedades de personas y decidir si cabe y si debe extenderse a las sociedades de estructura corporativa o capitalistas.

3. La justificación última de la prohibición de competencia del socio profesional se encuentra en la necesidad de contrarrestar el especial peligro que la particular posición de los profesionales pueden representar para la sociedad, y en concreto para su clientela, configurada como uno de los activos más importantes de su goodwill<sup>510</sup>.

En efecto, en el ámbito de las sociedades profesionales el interés por la protección de los llamados "intereses relacionales", -esto es, el interés de la sociedad en conservar y mejorar sus relaciones externas-<sup>511</sup>, y muy en especial

---

<sup>509</sup>Como es sabido, la doctrina entronca y encuentra el fundamento normativo del deber de no competencia en el deber de fidelidad. Así, GIRON, *Derecho de sociedades*, p.423; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.272; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1421; en el derecho comparado vid., por todos ULMER, en H.STAUB, *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, 4 ed., Berlin-New York, 1.989, & 112, marginal 3, p.312.

<sup>510</sup>"La pérdida de goodwill constituye un irreparable perjuicio que la mayor parte de las veces no puede ser compensado con una indemnización por daños": K.H.DECKER, en relación al goodwill de la empresa: *Covenants not to compete*, New York, 1.993, vol.1, p. 82.

<sup>511</sup>Estos que se han dado en llamar "intereses relacionales", constituyen junto a los denominados "intereses informativos" -por tales se entiende el interés de la sociedad en conservar y que no se difundan aquellas informaciones con carácter competitivo: planes de negocio, metodologías y tecnología de actuación profesional, publicaciones internas, etc-, las dos variables esenciales que identifican el "interés de la sociedad", al que en virtud del deber de no competencia, debe subordinarse el interés particular de los socios. Estos dos intereses han sido introducidos por primera vez en nuestro ordenamiento en la doctrina laboral por M.NOUEIRA, *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo*, Madrid, 1.997, pp. 86 ss.

la protección de la clientela societaria adquieren una relevancia especial. El carácter personal que marca la prestación de los servicios profesionales provoca que la clientela constituya un interés societario, especialmente vulnerable. Y tal cosa ocurre aún cuando la única relación contractual entablada lo sea entre el cliente y la sociedad. A pesar de ello, no puede olvidarse que la relación se cimienta y se construye entre las partes implicadas directamente en esa relación, a saber, profesionales y clientes. Para el cliente, el profesional representa y "personifica" a la sociedad; es la persona con la que mantiene un contacto personal y a través de la cual recibe los servicios profesionales atribuidos o contratados con la sociedad. Una actividad simultánea del profesional al margen de la sociedad no sólo puede confundir a los clientes, sino que, incluso de haber sido puntualmente informados del cambio producido, puede llevarles, bien por iniciativa propia, bien por "cierta presión psicológica" que pueda ser ejercida por el profesional -y que no tiene que ser relevante desde el plano de la disciplina de la competencia desleal-, a finalizar sus relaciones con la sociedad para seguir al profesional.

De ahí que pueda afirmarse que detrás de la prohibición de competencia en las sociedades profesionales el *objetivo inmediato a preservar es la protección del derecho de la sociedad sobre su clientela*<sup>512</sup>.

Es cierto que existen *alternativas* a la prohibición de competencia para conseguir el mismo fin. Así por ejemplo una de ellas sería la creación de cuasirrentas por parte de la sociedad para que no interese al socio actuar fuera de la sociedad. Otra sería que cada uno de los asuntos encargados a la sociedad fueran llevados a cabo entre varios profesionales especializados en aspectos concretos de tal forma que ninguno ofreciera un servicio completo al cliente. Siendo factibles, lo cierto es que cualquiera de ellas resulta más costosa que la prohibición de

---

<sup>512</sup>L.SUAREZ LLANOS, "Prohibiciones de concurrencia", *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1.971, I, p. 421, señala como fundamento de la prohibición la "protección de aquellos determinados factores o elementos (de la empresa) colectores de la clientela". Se trataría según este autor de una protección indirecta de la clientela del empresario.

no competencia. Y, sobre todo, que de lo que se trata es de decidir si debe imponerse tal prohibición *a falta de pacto*, por lo que afirmar la existencia de una obligación de competencia legal no precluye, en absoluto, que los socios decidan recurrir a otros mecanismos contractuales para conseguir idéntica protección de los intereses relacionales a los que proporciona una prohibición de competencia.

4. Podría objetarse sin embargo, que esta protección de la clientela implica una contradicción valorativa en un sistema de libre competencia, en el que por definición, la clientela y otros intereses relacionales no constituyen un derecho subjetivo de ningún empresario<sup>513</sup>.

Frente a ello debe recordarse la especial *situación privilegiada* en que se encuentra el profesional a la hora de poder competir con la sociedad respecto de otros competidores del mercado. La particular posición del profesional en la sociedad le confiere una serie de ventajas de las que carecen el resto de operadores del mercado. Ventajas de partida proporcionadas por la propia sociedad y que abocan a que, con un menor esfuerzo económico e imaginativo, el profesional adquiera rápidamente y en inicio, mejores posiciones y resultados que el resto de posibles competidores de la sociedad en relación con los clientes de que se trate. En efecto, el profesional juega con la ventaja de un conocimiento previo de la sociedad, sus fracasos y sus claves para su superación, conoce cuáles son los gustos y preferencias de la clientela, las relaciones internas y externas de la sociedad, sus expectativas. Todo este

---

<sup>513</sup>En efecto, desde la perspectiva de protección de la institución de la competencia, es lógico que una política estatal que basa en la competencia su sistema económico no admita protecciones monopolísticas o derechos subjetivos sobre la clientela, así como que únicamente se protejan las relaciones de la empresa de manera indirecta cuando los ataques competenciales de terceros se extralimitan de las reglas del juego leal en el mercado a través del art. 14 LCD. Fuera de los supuestos incluíbles en el mencionado artículo, los casos de voluntaria ruptura de relaciones con la sociedad, no serían susceptibles de incluirse bajo la legislación sobre competencia desleal y de sus preceptos en materia de inducción. La propia noción de competencia, por definición, persigue la obtención de la clientela aunque sea a costa del resto de competidores en el mercado. Así se expresaba la STS 11-VI-1.986 (Ar.3528) al afirmar que "*la esencia de la competencia en el ámbito del mundo del comercio es la de atraer a posibles clientes a costa de las demás empresas con igual objeto*".

conocimiento de la sociedad, que le proporciona una posición de partida privilegiada, le allanará el camino en la lucha competitiva facilitándole una rápida y eficaz captación de la clientela.

Así pues, puede afirmarse que, aún cuando en el plano de los principios, no existe un derecho subjetivo sobre la clientela, el fundamento de su protección mediante el establecimiento de este deber de no competencia encuentra su justificación última en razón de la *especial peligrosidad* que la particular posición de los profesionales implica para la consecución del interés común<sup>514</sup>. Puede afirmarse, pues, que la prohibición legal de competencia constituye una concreción del deber de lealtad que, genéricamente, pesa sobre cada socio, de forma que aun cuando no contáramos con una regla legal que la imponga, podríamos deducirla a partir

---

<sup>514</sup>Esta es asimismo la posición dominante en cuanto a la prohibición de competencia de los administradores en sociedades de capital. Es la posición privilegiada del mismo lo que provoca a especial peligrosidad de su competencia con la sociedad. Vid. por todos P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad*, 1.996, pp. 31 y ss, donde se exponen los factores de riesgo que hacen que la competencia del administrador sea especialmente peligrosa, con abundante bibliografía al respecto. En el mismo sentido, en el marco de sociedades personalistas, haciendo depender la prohibición de competencia de los socios de la peligrosidad que la misma puede implicar para la sociedad vid. M.GHIDINI, *Società personali*, p.463, el cual justifica así la prohibición de competencia del Codice civile (art. 2301) a todos los socios ilimitadamente responsables en consideración a que "partecipando in vario modo all'attività della società, ognuno di essi è in condizione di entrare in possesso di notizie e dati (es. elenco dei clienti, richieste del mercato ecc.) che potrebbero venir utilizzati in danno della società". En el mismo sentido GALGANO, *Le società di persone*, 1.972, n.86, p.325. En la doctrina alemana MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 53, p.961: *Wegen der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter in einer OHG und der damit verbundenen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsaktivitäten der Gesellschaft gilt das Wettbewerbsverbot in der OHG grundsätzlich für alle Gesellschafter*. Ante esta especial situación de peligrosidad que representa la competencia de un profesional miembro, la clientela y el resto de intereses competitivos de la sociedad deben quedar protegidos, interpartes, a modo de *property right* en sentido económico (Vid. no obstante las consideraciones realizadas en *infra* § 22,III, a propósito de la libertad de elección en todo momento de la clientela). Considerando la clientela en su protección contractual como un "property right" del empresario. D.J.ASPELUND, C.ERIKSEN, *Employee Noncompetition Law*, New York, 1.993, cap.2, p.12; NEALON, "An inquiry into the nature of goodwill", *Colum.L.Rev.*, 1.953, vol.53, p.670. La noción de *property right* es elaborada por la teoría microeconómica y se refiere a un "derecho" entendido en un sentido muy amplio, como "cualquier facultad de actuación que se confiere a un individuo frente a otro": conceptuando en nuestro Derecho la noción de *property right* ofrecida por el análisis económico del Derecho v. PAZ-ARES, "Principio de eficiencia y Derecho Privado", en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1.995, vol.III, p.2.851, nt.13. Esta protección de la clientela resulta lógica incluso aunque su captación venga dada por la habilidades y capacidad personal del profesional. Y ello porque no cabe olvidar que la mayor parte de las veces, el contacto con los clientes es proporcionado por la sociedad. El profesional gana conocimientos y contactos con posibles clientes utilizando, los medios ofrecidos por la sociedad, su estructura, el nombre social, su *goodwill*, siendo ésta quien pone a disposición del profesional tiempo y dinero para generar unas relaciones profesionales que, espera, se mantengan estables en el tiempo.

de la cláusula general de buena fe contractual (art. 1258 CC). La fundamentación de esta afirmación la desarrollamos inmediatamente en el marco de las sociedades de capital, donde su vigencia ha sido discutida.

Ello no debe sin embargo hacernos olvidar el principio de libertad contractual de las partes en relación al deber de abstención de no competencia<sup>515</sup>. Debe criticarse, por ello la tendencia de algunos legisladores a imponer el deber de no competencia de los profesionales con carácter imperativo. Así por ejemplo, el artículo cuarto de la Ley francesa de 29 de noviembre de 1966 establece que "*salvo disposición contraria de reglamento de administración pública particular a cada profesión, todo asociado no podrá ser miembro más que de una sociedad civil profesional, y no podrá ejercer la misma profesión a título individual*"<sup>516</sup>. En términos más drásticos se pronuncia el artículo 7 del proyecto de ley belga de 1985 sobre sociedades civiles profesionales, en cuya virtud cada socio debe ejercer su profesión en régimen de exclusividad societaria so pena de nulidad de la eventual segunda adhesión y sin perjuicio de reparar el daño que hubiese causado (art.7)<sup>517</sup>. En los últimos proyectos italianos sobre sociedades

<sup>515</sup>Sobre el carácter dispositivo de este deber vid. *infra* § 22.I.

<sup>516</sup>La primera disposición ha sido confirmada posteriormente por los sucesivos decretos de aplicación: Art. 46, R.A.P. "*greffiers de tribunal de commerce*"; art.46 y 116 R.A.P. relativo a las sociedades "*officers ministériels*"; art.60, R.A.P. "*commissaires aux comptes*"; art.45, R.A.P. "*avocats*"; art.33, R.A.P. "*conseils juridiques*", etc. Algunos de ellos precisan que los asociados deberán consagrar a la sociedad "toda su actividad profesional" (V. art.47, R.A.P., de los notarios; art.47, R.A.P. de los *commissaires-priveurs, avoués, huissiers de justice, greffiers de tribunaux de commerce*...) y de ejercer "a título exclusivo" sus funciones (V. art 47 y 117, R.A.P., *commissaires-priseurs*; art. 47, R.A.P. *avoués, huissiers de justice, greffiers de tribunal de commerce*...). Por lo que se refiere a la segunda disposición, tanto la doctrina como posteriormente los sucesivos decretos profesionales han confirmado de forma generalizada esta incompatibilidad únicamente cuando el ejercicio individual se realiza de forma liberal (Vid. LAMBOLEY, *Les sociétés civiles*., n.135; en igual sentido lo han confirmado la casi totalidad de los decretos médicos (el propio de los médicos en su art.48 y 49; el de los citujanos-dentistas en el 47 y 48; veterinarios, art.53; enfermeras art.49 y 50). Sobre la posibilidad para un médico asociado, de ejercer además funciones hospitalarias, vid. V.J.DE MOURZITCH, "Les sociétés civiles professionnelles de médecins", *J.C.P.*, 1977, ed.G.I.2866,n.33; R.GUILLAMOND, "Sociétés civiles professionnelles de médecins", *J.C.P.*, 1.978, ed.N, doct.27.). Se admite pues, el ejercicio social junto con el individual asalariado así como el individual no remunerado. El caso de los arquitectos resulta mucho más liberal ya que su decreto regulador preve que la actividad en sociedad resulta compatible -si bien dentro de los límites y condiciones que fijan los estatutos-, con un ejercicio individual, sea liberal o asalariado. Vid. CH.BERTHON-GOFFIN, "Sociétés civiles professionnelles de architectes", *J.C.P. Traité des sociétés*, 1.980, fasc.191-24.

<sup>517</sup>No existe sin embargo inconveniente alguno según lo prescrito en la propia exposición de motivos en que una persona física, miembro de una sociedad civil profesional, pueda ejercer su profesión en el seno de una sociedad civil interprofesional de donde la sociedad profesional sea miembro Ch.LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, Bruselas, 1989,p.303 y ss.

profesionales<sup>518</sup>, se establece también una obligación de exclusividad del profesional respecto a su aportación social: de un lado las prestaciones deberán ser realizadas siempre por cuenta de la sociedad, quedando absolutamente prohibido el ejercicio individual; de otro no se admiten prestaciones de los profesionales en más de una sociedad<sup>519</sup>. Dentro de nuestro ordenamiento profesional, y en el mismo sentido, el Anteproyecto del Estatuto de la Abogacía, actualmente en curso de elaboración, exige asimismo, la dedicación exclusiva de sus miembros (art.33.c)<sup>520</sup>.

5. Como puede deducirse, las razones que justifican la prohibición de competencia no son privativas de las sociedades profesionales que adoptan la forma de sociedad de personas, de manera que, aún cuando el deber de no competencia en las sociedades de capital se circunscriba sólo a los administradores (arg. *ex* art.132.2 LSA y art.65 LSRL) entendemos que, por las razones apuntadas, el mismo debería afectar a aquellos profesionales que vinculan con su actividad a la sociedad mediante el cauce de las prestaciones accesorias, siempre y cuando del contenido de las mismas no se deduzca lo contrario<sup>521</sup>.

Esta conclusión podría objetarse afirmando que la vigencia del deber de lealtad en las sociedades de capital ha sido discutida<sup>522</sup>. Pero, a nuestro juicio,

---

<sup>518</sup> Proyectos, nº. 898 des 16 de julio de 1.987; nº. 249 de 1 de julio de 1.988; nº. 4565 de 8 de febrero de 1.990.

<sup>519</sup>V. G. AMADIO, "L'esercizio associato della professione intellettuale tra presente e futuro: le prospettive di una riforma", *Riv.Dir.Civ.*, 1.990, II, pp. 663 ss.

<sup>520</sup>A nuestro juicio no existen motivos suficientemente justificados para constreñir la autonomía de la voluntad en este ámbito. Si las partes convienen no asumir una obligación de no competencia no se ve qué razones pueden invocarse para impedirlo. El caso es relativamente frecuente en nuestra práctica y la verdad es que no parece haber suscitado mayores problemas (Así por ejemplo en la Ley de Auditoría, nada impide pertenecer a sus miembros a más de una sociedad, o si la sociedad se lo admite trabajar además como auditor individual). Las cuestiones deontológicas que eventualmente puedan plantearse deberán resolverse, como es natural, de conformidad con las previsiones contenidas en los ordenamientos profesionales.

<sup>521</sup>En este sentido también GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.171.

<sup>522</sup>Así por ej., FERNANDEZ DE LA GANDARA, quien considera el deber de fidelidad como un principio propio de la sociedad personalista, como "comunidad personal". V., FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp. 328-329.

un planteamiento correcto de la cuestión pasa por afirmar, por un lado, que el deber de lealtad de los socios forma parte del contenido obligacional de cualquier tipo social y, por otro, que la intensidad del mismo depende, en última instancia, no del tipo legal sino de la estructura real de la sociedad<sup>523</sup>. En efecto, la intensidad del deber de fidelidad debe vincularse al contenido del contrato de sociedad, al fin común y a la posición concreta que el socio ocupe en la sociedad<sup>524</sup>. El deber de lealtad actúa como un instrumento de integración del contrato social. En la medida en que los socios no hayan previsto todas las contingencias futuras que pueden afectar a su relación, la conducta unilateral de cada socio puede afectar a las esferas jurídicas de los consocios que, por definición -porque no se ha pactado-, no han consentido tales comportamientos. Consecuentemente, cada socio ha de comportarse, en su relación social, como se habría previsto de común acuerdo al constituirse la sociedad si los socios hubieran tenido el tiempo, la capacidad y los incentivos para regular exhaustivamente sus relaciones. El deber de lealtad constituye, así, la principal fuente de obligaciones y límites al ejercicio de los derechos una vez "agotadas" las previsiones contractuales y legales.

---

<sup>523</sup>En efecto, tal y como afirma K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.485 *Das Ergebnis hängt nicht von der Rechtsform des Verbandes ab, sondern von seiner Realstruktur. Die Rechtsform des Verbandes hat bei all dem nur indizielle Bedeutung.* Resultan también muy ilustrativas las palabras de PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.665, p. 1326, cuando afirma en este sentido que "no es de extrañar así que [el principio de fidelidad] tenga un contenido más articulado en una sociedad anónima de base familiar que en una sociedad civil de centenares de abogados estructurada en buena parte sobre bases corporativas"; también en este sentido CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, art. 1.684,p.283-284; A.RECALDE, "Deberes de fidelidad", *La Ley*, 2-3-1.993, pp. 1 ss y allí referencias en este sentido. Sobre la evolución de la concepción del deber de fidelidad en sociedades corporativas vid. el estudio de J.ALFARO, *Interés social*, pp. 35-36, y la abundante bibliografía allí citada. En la doctrina alemana un amplio estudio sobre este deber en los distintos tipos sociales puede consultarse en K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, pp. 482 ss.

<sup>524</sup>En este sentido v. GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.296; J.ALFARO, *Interés social*, pp. 37-38; en la doctrina alemana IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1.970, p. 261 ss; LUTTER, "Theorie der Mitgliedschaft", *AcP*, 1.980, p.130: *Ausmass und Umfang gerade dieser Pflicht hängen stets von der Art des Eingriffs vom Einfluss und der Stellung des betreffenden Mitglieds im Verbands ab. Und in allem diesen Zusammenhängen wird der Inhalt der angesprochenen Pflicht massgebend von der Art des gemeinsamen Zweckes und der Realstruktur der Korporation bestimmt, nur wenig aber von der gewählten Rechtsform.*

Consecuentemente, la intensidad de los deberes de lealtad será tanto mayor cuanto mayores sean las posibilidades de cada socio de afectar, con su comportamiento, las esferas jurídicas de los demás socios<sup>525</sup>.

Esta posibilidad de afectación de los intereses de todos los socios con su comportamiento individual que justifica, en concreto, la imposición de un deber de no competencia, deriva, como hemos visto, de las propias características de la sociedad profesional. Por tanto, si las sociedades profesionales se configuran esencialmente como sociedades de trabajo donde la actuación de cada uno de los socios influye o afecta directamente a los demás socios y a la propia consideración o reputación de la sociedad, aún cuando la forma organizativa escogida sea la de una sociedad de estructura corporativa, es obvio que el principio de fidelidad adquiere en ellas una importancia fundamental. Se justifica así que afirmemos que el deber de no competencia pesa sobre cualquier socio profesional con independencia de la forma jurídica de la sociedad a la que aporte su actividad.

6. Respecto al *ámbito* del deber de no competencia, nuestra legislación lo delimita en función del "ramo de industria" que sirve de objeto a la

---

<sup>525</sup>Esta concepción del deber de lealtad en el Derecho de sociedades se debe fundamentalmente a W. ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, Munich 1963, pp. 337 ss. El autor en su formulación parte de que en todos los tipos societarios existe la posibilidad de influir sobre los derechos ajenos; la razón es el carácter incompleto de cualquier contrato de sociedad. En realidad, la diferencia entre sociedades de personas y sociedades de capital en este punto hace referencia al sujeto obligado por deberes de lealtad. En las sociedades de personas, el sujeto especialmente obligado por los deberes de lealtad es el socio individual, en cuanto rige en ellas el principio de unanimidad y, consiguientemente, puede vetar la adopción de cualquier medida que sea necesaria para la promoción del fin común. En las sociedades de estructura corporativa, donde las decisiones se adoptan por mayoría, los deberes de lealtad pesan, fundamentalmente, sobre esta mayoría que, con su solo consentimiento puede imponer decisiones sobre los activos comunes a los socios de la minoría o disconformes. Esta concepción del deber de lealtad es puesta de manifiesto entre nosotros por J. ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, pp. 34-35, nt. 32 y texto que lo acompaña. Sobre las posibilidades de influencia en la esfera jurídica de los otros vid. en relación con las *partnerships*, BROMBERG/RIBSTEIN, *Partnership*, § 6.07, p. 6:68-6:69.



sociedad, o lo que es lo mismo, en función del "género de comercio de la sociedad".

Para un sector de la doctrina, lo determinante para interpretar esta delimitación legal es el objeto social establecido en los estatutos, con independencia de que las actividades allí enumeradas se ejerciten o no<sup>526</sup>. A nuestro juicio, esta opinión no resulta atendible. Los peligros que comporta una actividad competitiva se manifiestan únicamente en relación a los servicios realmente ofertados por la sociedad, y no respecto de aquellos que han sido concebidos inicialmente como parte del objeto social. De ahí que resulte más convincente aquella otra corriente doctrinal que afirma que la delimitación debe hacerse en función de la finalidad perseguida mediante el establecimiento del deber de no competencia, que, como es sabido, consiste en evitar a la sociedad un daño concurrencial en su actividad<sup>527</sup>. En este sentido resulta fácil comprender que únicamente generan una competencia efectiva a la sociedad aquellas conductas que operan respecto del "mercado relevante" para la sociedad<sup>528</sup>, esto es, aquellas actividades que coinciden

---

<sup>526</sup>Recogen posturas doctrinales en este sentido, P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad*, 1.996, pp. 38-39 y M.GHIDINI, *Società personali*, p.464.

<sup>527</sup>Dicho en otros términos: con el deber de no competencia el legislador trata de asegurar preventivamente la efectiva dedicación de los socios a promocionar el fin común, o maximizar los intereses de la sociedad. (Así, GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.424; GARCIA VILLAVARDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", *La Ley*, 1.987-I, pp. 134-153, 146; SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, pp. 177 ss; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 487; *Wer sich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet, darf diesen gemeinsamen Zweck nicht gefährden*. Para una discusión detallada sobre los distintos tipos de fundamentos que se han ido atribuyendo a la prohibición de competencia en el Derecho de Sociedades vid. L.SUAREZ LLANOS, "Prohibiciones de concurrencia", *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1.971, I, pp. 415 ss). La actividad concurrencial del socio podría originar un conflicto de intereses, que tuviera por efecto un menoscabo o disminución en la consecución del fin social, ante la anteposición personal de sus intereses individuales (extrasocietarios), lo que indudablemente elevaría los denominados *costes de agencia*.

<sup>528</sup>Vid. PAZ-ARES, *Comentario*, Madrid 1991, art.1.683, III,1, p.1422; un apunte en GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.424; GARCIA VILLAVARDE, "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", *La Ley*, 1.987.I, pp.147 y 148; P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad*, 1.996, pp. 38-41; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, pp. 180-181; para las OHG, vid., MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 53, pp. 964-965; ULMER, *Grosskommentar HGB*, § 112, marginal 17;

material, espacial y temporalmente con el objeto social en explotación, no alcanzando pues, a aquellas actividades que aún siendo enumeradas en los estatutos no son sin embargo desarrolladas *de facto* por la sociedad<sup>529</sup>. En estos supuestos, no existe en efecto una competencia efectiva aunque potencialmente pudiera haberla<sup>530</sup>.

Fuera de este mercado relevante competencial para la sociedad, el profesional puede ejercer cualquier actividad. Así pueden producirse

---

en el ámbito de la Partnerschaft, vid. SALGER, en *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, München, 1.995, § 35, p. 735-737: *Darüber hinaus darf ein Partner auch ausserhalb der erklärtermassen in der Partnerschaft ausgeübten Berufe nicht Tätig werden, soweit derartige Tätigkeiten noch zu dem sachlichen Markt gehören, auf dem die Partnerschaft tätig ist*. El concepto de mercado relevante no se encuentra dentro del derecho societario, como ámbito material al que debe circunscribirse las actividades concurrenciales. Las coordenadas que individualizan ese mercado han sido tomadas del Derecho de la Competencia, rama del ordenamiento en el que este concepto adquiere una función primordial. Generalmente esta noción viene utilizándose para analizar el concepto y ámbito del "abuso de posición dominante" de una empresa en el mercado. Sobre el concepto y utilidad del mercado relevante, R.PITOFISKY, "New definitions of relevant market and the assault on antitrust", *Colum.L.Rev.*, 1.990, vol.90, n.7, p. 1.806; C.BELLAMY/G.CHILD, *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. E.Picañol, Madrid, 1.992, pp. 508-530; en la doctrina alemana vid. por todos W.MÖSCHEL, en IMMENGA/MESTMÄCKER(ed.), *GWB Kommentar*, 2ªed., § 22, pp. 746 ss; T.ASCARELLI, *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, (trad. de la 3ªed., por E.VERDERA/L.SUAREZ LLANOS), Barcelona, 1.970; para un apunte sobre la noción de mercado relevante en nuestra doctrina vid. P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad*, pp. 40-41. En general puede decirse que, en la disciplina general de la competencia, la acotación objetiva o material del mercado relevante se efectúa teniendo en cuenta la relación de sustituibilidad de los concretos bienes o servicios ofertados por un agente económico. En este sentido se toman en consideración los dos aspectos claves en la determinación de todo mercado: la convergencia de la oferta (los bienes o servicios efectivamente ofertados por los agentes económicos), y la demanda (la clientela o el consumidor de los bienes o servicios, y lo que éstos consideran como productos sustitutos). En este sentido pertenecen a un mercado, los bienes o servicios que sean funcionalmente intercambiables, es decir aquellos que tengan similares características objetivas, y simultáneamente satisfagan una necesidad que, en la valoración social, se pueda identificar como única (esto es, que tengan como destinatario una clientela común).

<sup>529</sup>En este sentido, v. en general, GIRON, *Der.Soc.*, Madrid, 1976, p. 424; PAZ-ARES, *Comentario*, Madrid 1991, art.1.683, III,1, p.1422; P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad*, 1.996, pp. 38-39; M.GHIDINI, *Società personali*, p.464. La interpretación expuesta en el texto viene también confirmada en relación a los profesionales (aunque sin la precisión técnica referida al concepto de mercado relevante) por Y.GUYON/G-COQUEREAU, "Le nouveau statut des commissaires aux comptes.", *J.C.P.*, 1970, ed.C.I., 87348; F.TERRE, "L'exercice en commun de la profession de notaire", *J.C.P.*, 1970, ed.N, I, 2302; LAMBOLEY, *La société civiles professionnelle*, n.134; BEHIN, *Les sociétés professionnelles notariales*, Paris, 1.970,p.544.

<sup>530</sup>*Die vertragliche Zweckbestimmung ist aber letztlich nicht entscheidend. Wenn eine Gesellschaft - entgegen dem Wortlaut des Gesellschaftsvertrages- einen im Gesellschaftsvertrag festgelegten Geschäftszweig nicht ausübt, können die Gesellschafter Geschäfte in diesem Handelszweige ausführen, müssen ihre Tätigkeit aber sofort wieder einstellen, wenn die Gesellschaft ihre Tätigkeit auch dieses Gebiet ausdehnt*: H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, p. 178; HUECK, *Das recht der oHG*, 3ª ed., p.143. Así por ejemplo "el socio industrial de una sociedad de abogados de hecho dedicada exclusivamente al derecho mercantil y fiscal, puede defender por su cuenta a un acusado ante la jurisdicción penal": ejemplo tomado de PAZ-ARES, *Comentario*, p.1422.

situaciones en las que por ejemplo un licenciado en dos carreras ejerza cada una de ellas en sociedades diferentes sin con ello hacer concurrencia a ninguna, o que un profesional que aporte su ejercicio profesional a una sociedad, se dedique simultáneamente a la docencia o a la investigación fuera de su actividad social, etc<sup>531</sup>.

El problema que puede no obstante, surgir en estos supuestos excluidos de la prohibición de concurrencia, y por tanto permitidos por no suponer realmente competencia efectiva a la sociedad, podría ser el de una considerable *disminución de la dedicación del socio a la actividad comprometida para con la sociedad*<sup>532</sup>. Ante la previsión de esta hipótesis habrá de ser la voluntad contractual de las partes la que determine el grado de dedicación -parcial o exclusiva- de los socios a la misma<sup>533</sup>.

La prohibición para el socio de ejercer este tipo de actividades sólo podría justificarse si así se ha pactado<sup>534</sup>, o bien si puede deducirse del

---

<sup>531</sup>En muchas ocasiones son los conocimientos, la formación específica, la experiencia que el profesional ha recibido en la sociedad, e incluso la propia reputación profesional de la misma, la que favorece el llamamiento de estos socios para otras actividades. Este es el supuesto de la sentencia *Aas v. Benham* [1.891] 2 Ch.244, recogida por BROMBERG/RIBSTEIN, *Partnership*, § 6.07, p. 6:84: *Partner in a firm of ship brokers could assist in forming noncompeting shipbuilding business, although in so doing he used information acquired as a ship broker, without accounting for the profits and salaries he received from the new company.*

<sup>532</sup>Sobre este punto v. F.TERRE "Les sociétés civiles professionnelles..", *J.C.P.*, 1967,ed.G.I, 2103,n.52; LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, Paris, 1974, p.98 y ss.; J.SAVATIER, "Qu'est-ce qu'une profession libérale" *Rev. Project*, 1966,p.456.

<sup>533</sup>Sea cual sea el grado de compromiso prometido por el socio, entendemos que habría incumplimiento por parte del socio si la dedicación del socio a actividades extrasocietarias reducen el tiempo y energía comprometidos a la sociedad, aunque dichas actividades no sea concurrencial en los términos indicados. En este mismo sentido se pronunció la sentencia *Weller v.Simesstad*, 24, Wis."d 1, 127 N.W.2d 794 (1.964), recogida por BROMBERG/RIBSTEIN, *Partnership*, § 6.07, p. 6:84: *partner in medical partnership must share salary received as hospital administrator, but not that received as county coroner.*

<sup>534</sup>En este sentido no vemos inconveniente alguno en que las partes puedan estipular una cláusula estatutaria por la que prevea lo que antiguamente se denominaba "prestación de persona", esto es, el compromiso del socio de aportar a la sociedad *toda su actividad profesional*. La dedicación exclusiva excluye pues, la posibilidad de que el socio, aunque sea en ámbitos no concurrentes, desarrolle cualquier trabajo al margen de la sociedad. En nuestra opinión no existe ningún obstáculo para ello ni de orden material ni de orden instrumental. (a) Desde el *punto de vista material*, el fin perseguido por una cláusula de dedicación exclusiva -asegurar que la sociedad se va a aprovechar de todo el capital humano del profesional- se revela perfectamente legítimo. Interpretada de esta manera, la dedicación exclusiva no puede tacharse de vejatoria (M.VERGEZ,

contrato social una obligación de lo socios de dedicar toda su fuerza de trabajo a la sociedad, es decir, si pesa sobre los socios un deber de dedicación exclusiva.

7. Como puede suponerse, la prohibición de competencia debe extenderse tanto a la realización por el profesional de actividades competitivas con las de la sociedad *por cuenta propia*, como por *cuenta ajena*. Como se ha señalado acertadamente, al prohibir la actividad concurrencial "se impide el ejercicio de una actividad y no simplemente un especial modo de ejercicio de una actividad"<sup>535</sup>.

---

*Socio industrial*, p. 169 y 176. nt.61; HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaften*, p. 191). La viabilidad de esta posible exigencia se comprueba además examinando el art.138 C de C que contempla precisamente este supuesto. El hecho de que el indicado precepto del Código de Comercio haya sido objeto de crítica generalizada, y esté sujeto a una drástica reducción de su alcance en las interpretaciones más atendibles (en este sentido vid. L.SUAREZ-LLANOS, "Prohibiciones de concurrencia", en *Estudios Garrigues*, I, pp. 418 ss; M.VERGEZ, *Socio industrial*, p. 176; GARCIA VILLAVARDE, *La exclusión de socios. Causas Legales*, Madrid, 1.977, pp. 179 y allí nt. 262), no significa que no puede preverse contractualmente la "prestación de persona". De hecho, en el ámbito estatutario, son muy frecuentes cláusulas que revelan el deseo de los socios de que afluya a la sociedad la *totalidad del rendimiento* que genera la actividad de los socios. El sentido de la dedicación exclusiva es, pues, hacer beneficiaria a la sociedad de todos los frutos del trabajo de los socios. De ahí que no resulten tampoco extrañas cláusulas que prevén la atribución a la sociedad de los derechos patrimoniales de propiedad industrial e intelectual y valores asimilados generados por las prestaciones de los socios en el curso de su permanencia en la sociedad (arg. ex arts 16 y 17 Ley de Patentes, y art.51 de la Ley de Propiedad industrial.). En realidad este tipo de cláusulas no constituyen sino piezas complementarias a una aportación de industria concebida en términos de "prestación de persona". La atribución a la sociedad de los derechos de propiedad industrial e intelectual es coherente, en efecto, con la naturaleza de la aportación prometida y con el sentido y finalidad del art. 138 C de c. que permite a la sociedad apropiarse de cualquier "beneficio" que logre el socio en el ejercicio de su actividad. (b) Desde el *punto de vista instrumental* tampoco se detectan la existencia de obstáculos o cortapisas. La prestación de actividad habrá de configurarse mediante la correspondiente aportación de industria. Naturalmente, como en las sociedades de capital no son admisibles aportaciones de industria, la aportación de actividad profesional en régimen de exclusiva habrá de arbitrarse a través de prestaciones accesorias.

---

<sup>535</sup> Así, SUAREZ-LLANOS, "Prohibición de concurrencia", *Estudios en homenaje de J. Garrigues*, Madrid, 1.971, p.417. Esta interpretación no encuentra obstáculo en el artículo 1683 CC, al no especificarse en el mismo si la competencia prohibida es la realizada por cuenta propia o por cuenta ajena. Sin embargo, una primera lectura de los preceptos del código de comercio (arts. 136, 137, y 218) nos podría hacer pensar que la prohibición sólo opera en relación a las actuaciones por cuenta propia, al ser éstas las únicas expresamente contempladas. Ahora bien, en la medida que como hemos indicado en el texto, los factores de riesgo se hallan también presentes cuando la actuación competitiva es realizada por cuenta ajena, no encontramos razón alguna para excluirlas del deber general de no competencia. También en este sentido GARCIA VILLAVARDE, *La exclusión de los socios. Causas legales*, Madrid, 1977, p.180; GIRON, *Der.Soc.*, Madrid, 1976, pp.424-425; P.PORTELLANO, *Deber de fidelidad* 1.996, p.36; HUECK, *Das recht der oHG*, 3ª ed., p.143; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, p. 178; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 488; para las OHG, vid., MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 53, pp. 964-965. En el derecho italiano el art. 2301 del

8. Por lo que se refiere a la *eficacia temporal* de la prohibición de competencia ha de afirmarse en principio, con carácter general, que la misma solo es eficaz mientras dura el vínculo societario, cesando en consecuencia cuando el socio causa baja en la sociedad.

Naturalmente ello no impide la posibilidad de adoptar cláusulas de no competencia en el contrato social que vinculen a los otorgantes para una época posterior a la terminación del vínculo, siempre y cuando la obligación prevista no infrinja los límites a los que esta sujeta la autonomía privada<sup>536</sup>. Estos límites son básicamente dos : la moral (art. 1.255 CC), y el orden público económico (art. 1.LDC). Existe *infracción de la moral* cuando la obligación prevista constriña de manera excesiva o desproporcionada el desenvolvimiento personal del socio, restringiendo de manera indebida las

---

Codice civile (a diferencia de sus homónimos de derecho comparado) veta *expresamente* la posibilidad de concurrencia del socio para con la sociedad tanto en nombre propio como por cuenta ajena. Sobre la prohibición de no competencia vid. por todos, M.GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1.972, pp. 462 ss, 466-467, y allí ulteriores referencias. En nuestro derecho, dentro del campo de la abogacía, la prohibición de participar en más de una sociedad dedicada al mismo objeto, así como el ejercicio individual en el caso de pertenecer a una sociedad, aparece en el art.33.c del Anteproyecto del Estatuto General de la Abogacía, actualmente en curso de elaboración (permitiéndose sin embargo extrasocialmente "las actuaciones correspondientes a los Turnos de Oficio y de Asistencia al Detenido (las cuales) tendrán carácter personal y quedarán siempre al margen del despacho colectivo"). En Alemania, la prohibición de los profesionales miembros de no ejercer por cuenta propia ni en otra sociedad dedicadas al mismo objeto viene establecida para la *Partnerschaft* mediante la remisión que el § 6.3 de la *Partnerschaftsgesetz* realiza a los §§ 112 y 113 del HGB. Sobre ello vid. SALGER, en *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, München, 1.995, § 35, pp. 725-737. Dudoso resulta en la doctrina la posibilidad de que el profesional pueda participar en otra sociedad profesional dedicada al mismo objeto si bien a través de una mera aportación de capital (sea a título de socio capitalista, comanditario...). La doctrina duda si estos casos son susceptibles de responsabilidad del profesional por entender que el deber de competencia ha sido violado. La solución, afirma la generalidad de la doctrina, habrá que determinarse caso por caso, si bien la pauta general de interpretación que merecen este tipo de supuestos es la de entender que lo fundamental no es examinar la posición externa que el profesional ocupa en la "segunda" sociedad, sino la capacidad de influencia que internamente puede ejercer en la misma, para determinar si en función de la misma puede hablarse o no de infracción del deber de competencia, y en consecuencia de posibilidad de sanción. Al respecto vid. para la *Partnerschaft* SALGER, en *Münchener Handbuch*, München, 1.995, § 35, p.335; en general para las OHG, vid. MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 53, p.966.

<sup>536</sup>Vid. por todos GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.428; R.FISCHER, en *Grosskommentar Handelsgesetzbuch*, II, 1, 3ªed., Berlín, 1.967, S 112, 13, pp. 128-129 ss, etc; M.GHIDINI, *Società personali*, p.471; en el ámbito de la *Partnerschaft*, vid. SALGER, en *Münchener Handbuch*, § 35, p. 736; para las sociedades civiles profesionales K.SCHMIDT, *Münchener Handbuch*, § 19, pp. 436-437; para las OHG, MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 53, pp. 963-964, 968-969.

ulteriores posibilidades de su desarrollo profesional. A este respecto habrá de tenerse en cuenta, tanto el plazo de duración de la prohibición competencia postcontractual, como el hecho de que la cláusula no impida al socio que cause baja realizar su actividad profesional<sup>537</sup>.

Más espinoso se presenta el segundo límite relativo al *orden público económico*. La cuestión de si el pacto de no competencia constituye un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido del art. 1 LDC es, en efecto, una cuestión grave y enormemente discutida<sup>538</sup>. Estando al tenor literal del art. 1.1 LDC<sup>539</sup>, no es fácil librar a la cláusula de no competencia que ahora nos ocupa, del peso de la prohibición y de la correspondiente sanción de nulidad que prevé el art. 1.2 LDC. La exención del art. 2 LDC, aunque cubre las obligaciones de no competencia legales (arts. 1.683 CC, y 136-138 C de C, recién analizados), no se extiende a las obligaciones contractuales.

Entendemos, no obstante, que la cláusula de no competencia postcontractual que ahora nos ocupa ha de quedar a salvo de la prohibición de cárteles. Los más elementales postulados de la razón práctica así lo reclaman. Desde el punto de vista jurídico podría invocarse a tal efecto *la doctrina de*

---

<sup>537</sup>En este sentido y por lo que respecta al plazo, puede tomarse como referencia la previsión realizada en el Estatuto de los Trabajadores, el cual permite en su art. 21.2, el establecimiento de cláusulas de no competencia postcontractual cuyo plazo no exceda de dos años. Vid. F.DURAN, "Comentario al art. 21", en AAVV., *El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1.985, pp. 155, esp. pp. 193 ss. Conviene recordar no obstante, que la norma laboral supedita la validez de la obligación de no competencia a una compensación económica del trabajador, que, en el marco societario, puede no preverse con carácter específico. Pero esta circunstancia no invalida nuestro razonamiento ya que al socio no puede privarse totalmente de la posibilidad de ejercer su profesión y, consiguientemente, de obtener por esta vía los medios necesarios para la subsistencia familiar.

<sup>538</sup>En nuestro país apenas ha sido objeto de atención, pero dada la proximidad normativa, puede sernos de gran ayuda la experiencia habida en Alemania al amparo del § 1 GWBG. Para el estado de la cuestión vid. IMMENGA, en U.IMMENGA/E.J.MSTMACKER [dirs.], *GWBG Kommentar*, 2ª ed., München, 1.992, pp. 394 ss; MATTFELD, *Münchener Handbuch*, § 54, IV, pp. 975 ss; A.KARDARAS, *Das Wettbewerbsverbot in den Personalgesellschaften*, Berlin, 1.967, pp. 121 ss.

<sup>539</sup>"Se prohíbe todo acuerdo...que tenga por objeto...o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional..."

*las limitaciones concurrenciales inmanentes al contrato*<sup>540</sup>. Bajo esta perspectiva han de considerarse fuera del ámbito de aplicación del art. 1 LDC aquellas restricciones de la competencia que son inherentes a determinados contratos: por ejemplo, la venta o arrendamiento de empresa. En estos contratos, el pacto de no competencia es una exigencia derivada de la propia función del contrato, función que consiste en transmitir todos los elementos integrantes de la empresa, incluida la clientela, el *goodwill*, etc<sup>541</sup> y que se vería en peligro caso de que se permitiera al vendedor hacer la competencia al comprador tras haber enajenado la empresa.

A nuestro juicio sin embargo, el supuesto que nos ocupa no es similar. Si la prohibición de competencia en estos casos se considerase inmanente al propio contrato de sociedad, no haría falta pactarla y habría que afirmar que se trata de una prohibición de competencia de origen legal, no contractual. Por tanto esta justificación debe rechazarse. En cualquier caso, el pacto es justificable y no implica una contradicción con el precepto mencionado porque, como hemos visto, el mismo no afecta al mercado nacional o a una parte significativa del mismo, lo que consecuentemente lo excluye del ámbito de protección de la ley.

No obstante no anterior, en determinados casos, podrá afirmarse que la prohibición de competencia postcontractual constituye una limitación inmanente al contrato y, por tanto, de origen legal. En efecto, aún en el caso de que no se haya establecido una previsión *ad hoc* en el contrato de sociedad,

---

<sup>540</sup>Vid. con carácter general IMMENGA, *GWB Kommentar*, 1.992, S 1, marginales 353-373, pp. 148-153.

<sup>541</sup> Así lo ha admitido la jurisprudencia comunitaria: v. por ejemplo STJCE 11-VII-1.985, asunto 42/84; y en nuestra jurisprudencia menor, SAP Barcelona, 22-VI-1.989 (RGD, 1.989, p. 8303): "*El pacto por el que varios socios de una sociedad anónima cuasifamiliar venden sus acciones a los otros socios y se comprometen a no fabricar ni comercializar los productos realizados por la sociedad durante un determinado plazo no vulnera los artículos 35 y 38 de la Constitución, ni el artículo 35 del Tratado de Roma ni tampoco los artículos 1 y 2 de la Ley sobre prácticas restrictivas de la competencia*".

pueden deducirse ciertos deberes de no competencia del art. 1.258 CC y, concretamente de la buena fe como instrumento de integración de los contratos<sup>542</sup>. El ámbito de esos deberes habrá de determinarse a la vista de las circunstancias de cada caso. Pero es claro por ejemplo, que si a un profesional se le ha liquidado su participación en la sociedad tomando en consideración el valor de la sociedad, la buena fe le impone la obligación de no inquietar a los profesionales que permanecen asociados en el pacífico disfrute de ese valor, y, por tanto, le obliga a abstenerse de ofrecer sus servicios a los clientes de la sociedad, de inducir a los profesionales a causar baja en la misma, a explotar la técnica propia de la sociedad, etc<sup>543</sup>.

9. Las reglas relativas al régimen sancionador por infracción del deber de no competencia, no ofrecen particularidad alguna cuando han de aplicarse a las sociedades profesionales, por lo que remitimos esta cuestión a los trabajos que se han ocupado de las mismas con carácter general<sup>544</sup>.

---

<sup>542</sup>Para un estudio de la buena fe como fuente de integración del contrato ex art. 1.258 CC, vid. DIEZ-PICAZO, *Comentario*, II, en su comentario al art. 1.258, p. 436; del mismo autor, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, p. 330; C.LASARTE, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1.977)", RDP, 1.980, I, p. 78; más recientemente J.ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1.991, pp. 388 ss.

<sup>543</sup>HUECK, *Das Recht der oHG*, p.463. La doctrina italiana llega mucho más lejos, puesto que con carácter general considera aplicable la disciplina sobre la transmisión de la empresa, que obliga al vendedor (en este caso al socio que causa baja en la sociedad) a abstenerse de competir durante un período de cinco años. V. GALGANO, *Le società di persone*, dentro de "Trattato di Diritto civile e commerciale", dirigido por A.CICU/F.MESSINEO, 2ªed., Milano, 1.982, p. 393 y allí ulterior información.

<sup>544</sup>Para un estudio del régimen sancionatorio por infracción del deber de no competencia puede consultarse GIRON, *Derecho de Sociedades*, pp. 426 ss; PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1.423 con las indicaciones y remisiones allí establecidas; GARCIA VILLAVARDE, *Exclusión*, pp. 176 ss; ibid. "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", *La Ley*, 1.987-1, pp. 134 ss; A.RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", *La Ley*, 1.993-1, pp. 1 ss. En concreto sobre la posible consideración de las actividades competitivas del socio con la sociedad como justo motivo de exclusión vid. lo que se dirá en *infra* § 36.



#### IV. LA PRESTACION DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL INSTRUMENTADA A TRAVES DE MECANISMOS NO SOCIETARIOS: LA RELACION LABORAL.

1. Como puede imaginarse la aportación de actividad a través de técnicas societarias -sea mediante el recurso a las aportaciones de industria, sea por medio de prestaciones accesorias-, no agota todas las posibilidades de la prestación de servicios profesionales en una sociedad. En efecto, dicha actividad puede ser debida en virtud de títulos no societarios, como son el contrato laboral o el arrendamiento de servicios. Dada la semejanza de contenido de las prestaciones y la diferencia en el régimen jurídico aplicable, entraña grandes dificultades pero es de extrema importancia, calificar adecuadamente cada una de las relaciones existentes. Examinaremos, en primer lugar, los problemas que plantea la calificación de la relación profesional como relación laboral (*v.infra* 2 ss) para determinar, a continuación la naturaleza del vínculo que une a la sociedad profesional con los llamados profesionales "asociados" (*v.infra* V).

2. No se discute ya, la posibilidad de que la actividad profesional pueda constituir el objeto de un contrato de trabajo. Según tuvimos ocasión de demostrar, esta calificación no plantea problema alguno una vez que se ha abandonado el prejuicio según el cual la alta cualificación intelectual propia de las profesiones impedía su inclusión en el ámbito de la contratación laboral y Derecho del Trabajo<sup>545</sup>. En efecto, -según recordábamos también en su momento- la regulación contenida en los artículos 1.1 y 1.3 del Estatuto

---

<sup>545</sup>Vid. de nuevo *supra* § 6.III.

general de trabajadores eliminan cualquier duda acerca de la posibilidad de que la prestación de servicios profesionales constituya el contenido de un contrato de trabajo; los propios estatutos profesionales reconocen ocasionalmente esta posibilidad, y la jurisprudencia no ha dudado en calificar la relación del profesional como relación laboral cuando las notas características de ésta se hallan presentes.

3. Como puede suponerse, el núcleo de la discusión se centra ahora en establecer los criterios que permitan decidir qué circunstancias permiten calificar el vínculo que une al profesional con la sociedad como una relación societaria y en qué casos ha de calificarse tal relación como laboral<sup>546</sup>. Es evidente que "dado que del contrato de trabajo nace una relación de cambio, cualquier relación jurídica que se caracterice por el vínculo asociativo (esfuerzo de conjuntos para la obtención de un fin común), no puede considerarse sustantivamente laboral (...); cuando se defiende otra tesis se desconoce la propia función social del contrato de trabajo y se altera indebidamente su causa jurídica"<sup>547</sup>. Pero, el problema consiste, precisamente, en decidir cuándo la relación que ha de ser objeto de calificación se caracteriza por el "vínculo asociativo" y cuándo por ser una "relación de cambio". En el plano teórico, las diferencias son claras. La fundamental reside en la diferente *causa de ambos contratos*: mientras que para el primero la causa del contrato consiste en el intercambio de fuerza de trabajo por un

---

<sup>546</sup>Para un análisis detallado de la diferenciación de ambos y por ende de la imposibilidad sin más, de una transposición de regímenes jurídicos vid. VERGEZ, *Socio industrial*, Madrid, 1.972, pp.131 ss, y las abundantes referencias allí citadas.

<sup>547</sup>DE LA VILLA, "Apuntes sobre el concepto", p.76; SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, Valencia, 1.996, 10ªed., pp. 213 ss. "En definitiva, el contrato de sociedad se apoya en la coincidencia de los intereses de las partes, mientras que en el contrato de trabajo los intereses en juego son contradictorios. En el primero las posiciones jurídicas son paritarias, de igualdad; en el segundo, están dispuestas jerárquicamente":

salario, el profesional calificado como socio industrial realiza su aportación social con el fin de participar en los beneficios en la sociedad.

4. A partir de aquí no es difícil comprender que doctrina y jurisprudencia distingan ambos tipos de relaciones en función de la presencia o ausencia de la nota de la *ajenidad*, nota que es esencial a la existencia de una relación laboral, y que está excluida por definición del marco las relaciones societarias<sup>548</sup>.

Como es sabido, existe ajenidad cuando la utilidad patrimonial de la actividad realizada por quien presta una actividad no se le atribuye a él, sino a la persona física o jurídica por cuya cuenta trabaja<sup>549</sup>.

a) Un primer equívoco debe aclararse con carácter previo. Los socios profesionales no trabajan "por cuenta ajena" por el hecho de que los rendimientos generados por su actividad no sean atribuidos a ellos mismos, sino a la sociedad que, en virtud de su personalidad jurídica se convierte en la titular *ab initio* de las utilidades patrimoniales de todos sus miembros. En efecto, la sociedad no es sino el conjunto de sus socios; que el socio trabaje

---

J.LUJAN ALCARAZ, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Madrid, 1.994, pp. 162-163.

<sup>548</sup> "...el elemento esencial de la ajenidad, que define a ésta [la relación laboral], queda excluido cuando lo que se produce es una aportación en común de bienes e industria con ánimo de partir las ganancias que genera el vínculo asociativo entre las partes": STS/SOC 4-7-1.987 (Ar. 5.077). En esta misma línea vid. el abundante corpus jurisprudencial citado por B.ECHEVARRIA MAYO, "Las relaciones asociativas y el contrato laboral", en *Documentación laboral*, 1.990, n.31, pp. 39 ss, 44-45, nt.13.

<sup>549</sup> En la hora actual, se entiende superada la doctrina de la ajenidad, entendida como ajenidad en los riesgos. El sentido jurídico que actualmente se concede al concepto de ajenidad, es el de que la *utilidad patrimonial* del trabajo se atribuye a persona distinta del propio trabajador, siendo esta circunstancia la nota clave para determinar si existe o no ajenidad. Sobre la superación de la concepción tradicional de la ajenidad en los riesgos. v. MONTOYA MELGAR, *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Escuela Social de Murcia, 1.972; J.LUJAN ALCARAZ, *La Contratación privada de servicios y el Contrato de trabajo*, Madrid, 1.994, pp. 355 ss; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.996, 17ª ed., pp.33-34; M.ALONSO OLEA/Mª E.CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.995, p.37-38; MARTIN VALVERDE/, F.RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ/J.GARCIA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, ed.Tecnos, 1.996, 5ªed., p.38-39, y csp.Capítulo 2.I.

para la sociedad no implica que trabaje para un sujeto distinto de los propios socios. Afirmar lo contrario sería de un formalismo grotesco. El socio profesional, en cuanto parte del círculo social trabaja *por cuenta (parcialmente) propia*<sup>550</sup>. Los socios profesionales sólo perciben beneficios cuando la sociedad produce ganancias, es decir, no se hacen acreedores de un salario en cuanto que los beneficios que, en su caso, puedan percibir implican igualmente asumir el riesgo de su inexistencia<sup>551</sup>. La participación en los beneficios sociales se basa pues, necesariamente en la aletoriedad de los mismos. De aquí que deba calificarse a los socios profesionales como *acreedores residuales* de los beneficios sociales y, consecuentemente, negar la ajenidad de su relación contractual.

b) No sucede lo mismo en el caso de los *profesionales empleados*, los cuales pueden definirse bajo esta perspectiva como meros *acreedores fijos* de un salario<sup>552</sup>. Ello implica que el profesional contratado *no soporta los riesgos económicos* que afecten a la sociedad, esto es, el salario permanece inmune a las vicisitudes de la empresa social.

Frente a esta conclusión, siempre podría alegarse que, en ocasiones, el salario del profesional empleado viene determinado, parcialmente, como una

---

<sup>550</sup>La sociedad es una "entidad no ajena" al socio (STCT, 4 de enero de 1.983,Ar.21). Un abundante corpus jurisprudencial rechaza la existencia de una relación laboral, *por ausencia de ajenidad*, cuando constata la realidad de una colaboración recíproca encaminada a la producción de los socios a repartir conforme a un determinado porcentaje. En este sentido pueden consultarse las sentencias mencionadas por el informe elaborado por DICTAMENES Y ASESORIAS, S.A, "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Rev.Trabajo*, 1.988, p.183. En todo caso nos parece criticable la solución final adoptada por gran parte de esta jurisprudencia que afirma que en la mayor parte de los casos se trata de una "sociedad civil irregular" por no haberse constituido por escritura pública, y ni tan siquiera en determinados casos por documentos privados. Como se ha encargado de aclarar la mejor doctrina, "el concepto de irregularidad nada tiene que ver con la forma, sino con la publicidad legal del registro, de modo que la sociedad civil en la medida en que no es sujeto inscribible, no puede ser irregular, ni someterse al régimen jurídico propio de esta clase de sociedades": PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1339 ss, y allí ulterior bibliografía.

<sup>551</sup> Así se expresan las SSTCT, 3.2.1986 (Ar.598) y 14-5-1.985 (Ar.3141).

<sup>552</sup> M.R.ALARCON CARAUDEL, "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1.986,n.28,pp.495-544.

participación en los beneficios de la sociedad<sup>553</sup>, dependiendo pues, de los resultados prósperos o adversos de la misma. Siendo, pues, coherentes con lo que se acaba de exponer, habría que afirmar que, en estos casos, el profesional no sería *ajeno* al riesgo social.

La objeción puede, sin embargo, soslayarse a partir de dos consideraciones. La primera pasa por afirmar que la calificación como salario de la retribución del profesional empleado exige, en todo caso, que se garantice, *cuando menos*, el salario mínimo interprofesional vigente. Por lo tanto, la participación en beneficios merece la calificación, en todo caso, de mero complemento salarial, que no sitúa al empleado profesional en el grado de riesgo típico de quien trabaja por cuenta propia<sup>554</sup>. La segunda, probablemente más importante, radica en el hecho de que, como empleado, el profesional asalariado no participa de las pérdidas de la sociedad por cuya cuenta trabaja.

---

<sup>553</sup> Art.44 LCT de 1944, en vigor: Disp.final 4ª ET; asimismo el art.8º del Real Decreto 1438/1985 que regula a los Representantes de Comercio, acredita que, en absoluto se opone a una relación laboral el hecho de que el módulo de cómputo de la retribución sea exclusivamente variable en función de los resultados ya sean estos individuales, de equipo o de empresa.

<sup>554</sup> En efecto, como ha hecho notar la doctrina científica "*la compatibilidad de esta forma de remuneración [participación en beneficios] con las exigencias causales del contrato de trabajo se produce al garantizarse un salario mínimo aún cuando no haya beneficios*"; J.LUJAN ALCARAZ, *La Contratación privada de servicios y el Contrato de trabajo*, pp. 383 ss, 389-390; MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.996, 17ª ed., p.382: "*El trabajador que participa en los beneficios no se convierte sin más en un socio, pues ni devenga dividendos ni participa en las pérdidas, y mantiene en todo caso su derecho al salario mínimo como e su día especificó el art.13 de la O. 5.2.1963, a cuyo tenor, el trabajador tenía derecho al "salario garantizado en las actividades en que la retribución esté constituida por una participación en los ingresos"*"; T.SALA FRANCO y otros, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1.988, p.268. V. asimismo el informe elaborado por DICTAMENES Y ASESORIAS, S.A. "*Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas: el caso de los bufetes de abogados*", *Rev.Trabajo*, 1.988, p.184. Lo anterior ha de matizarse sin embargo, por el hecho de que en estos supuestos, a peores resultados sociales peor salario, por lo que, indirectamente el profesional-trabajador, sí asume los riesgos empresariales. Cuestión ésta que en nada afecta, sin embargo, a la calificación jurídica del vínculo contractual, puesto que, como ya se ha apuntado anteriormente, la teoría de la ajenidad en los riesgos como nota calificadora de la naturaleza del contrato ha sido amplia y unánimemente superada.

5. Demostrada la posibilidad de la existencia de ajenidad en la relación entre un profesional y la sociedad a la que presta sus servicios, conviene detenerse en algunos supuestos límite. Nos referimos a los casos en los que el profesional-trabajador ostenta una participación en el capital social<sup>555</sup>. Parece evidente que acabará desapareciendo la nota de ajenidad característica de toda relación laboral si la participación en el capital social alcanza una cifra suficientemente significativa. En efecto, como ha estimado la jurisprudencia laboral, cuando la participación es elevada, no puede decirse que exista ajenidad ya que "buena parte del resultado del trabajo queda inserto en el propio patrimonio del trabajador que representa su aportación de capital"<sup>556</sup>. Así, parece evidente que si los profesionales que trabajan para la sociedad

---

<sup>555</sup>Con ello estamos refiriéndonos a los supuestos donde existe una dualidad de posiciones: por un lado ser parte de un contrato de sociedad y por otra constituirse como trabajadores al servicio de la misma ("cabe la concurrencia de las condiciones de trabajador y socio en una misma persona": STS/SOC 12-7-1983 (Ar.3.770)). Esta dualidad de posiciones sólo puede producirse, tal y como confirma la doctrina y jurisprudencia, en aquellos supuestos en que la aportación del trabajador en cuanto socio, sea deslindable de la propia prestación de su trabajo (Asi, L.E. DE LA VILLA, "Apuntes sobre el concepto jurídico de trabajador", *Cuadernos de la Catedra de Derecho del Trabajo*, 1.972, n.4, p.77; T.SALA FRANCO y otros, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Valencia, 1.988, p.276; SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, Valencia, 1.996, 10ªed., pp. 213-214; en jurisprudencia vid. a este respecto la citada por GALIANA MORENO/SEMPERE NAVARRO, "Régimen jurídico de la prestación de servicios profesionales", en *Rev.relaciones laborales*, 1.986,II, p.878-879). El profesional accionista, socio de capital, que además presta sus servicios profesionales en la sociedad es el supuesto más corriente. En estos casos, mientras la relación puramente societaria queda, obviamente extramuros de la legislación laboral, su relación en cuanto trabajadores queda plenamente incurso en ella. Vid. así en jurisprudencia por ejemplo, la SSTCT de 27 de enero de 1.987 (Ar.1546) que estudia la reclamación frente a la sociedad y el FOGASA interpuesta por tres accionistas minoritarios de dicha sociedad que "*han venido, además prestando servicios en ellas como oficial administrativo, aparejador y chófer*". También SSTS/SOC de 15-11-1990 (Ar.8576). Asimismo la STS/Sala 4ª de 15-10-1990, afirmó que "*la relación preexistente del demandante con su empresa [relación de trabajo] no quedó desvirtuada o novada, ni por el hecho posterior de devenir socio de la sociedad, ni por la incorporación o acumulación de otras funciones profesionales [...], puesto que dicha cualidad y yuxtaposición de tareas encomendadas en nada afectó a la repetida actividad del piloto que se mantuvo en la misma forma y contenido*". En el mismo sentido la STCT de 8-7-1.982 (en *La ley*, 1.982-4, 685) afirmó que "*Cuando además de ser miembro de una Sociedad Cooperativa, se ejerce en ésta las funciones propias de una Auxiliar Administrativo mediante una retribución mensual, tales hechos ponen de manifiesto la existencia de una relación laboral incorporada al vínculo asociativo*". Más recientemente vid. la sentencia TSJ Andalucía Sala Social de Málaga, 23-2-1.996 (*La Ley*, 1.996, 5021): *En el caso el demandante, junto con otros dos socios, ostentaba el 33% del capital de la sociedad [...] y prestaba servicios para la misma como trabajador, siendo los otros dos socios los que dirigían la sociedad, estando sometido el demandante a sus órdenes e instrucciones como trabajador de la empresa, por lo que es obvio que nada obsta su condición de socio fundador para calificar la relación coo laboral. La simple condición de accionista de una sociedad no resulta incompatible con la de trabajador asalariado de la empresa de la que es titular*".

<sup>556</sup>STS/SOC 27-2-1976 (Ar.1.770).

ostentan *más de la mitad del capital social* y "consecuentemente perseguían el resultado económico de sus propias aportaciones" han de considerarse como socios y no como trabajadores por cuenta ajena<sup>557</sup>.

El problema se plantea en los casos en los que la participación del profesional no es mayoritaria -lo que conduciría inexorablemente a calificar su posición como socio- pero tampoco tan reducida como para resultar insignificante y, consecuentemente, no poner en duda la calificación de la relación como laboral. Los casos intermedios deben resolverse, a nuestro juicio, teniendo en cuenta dos conjuntos de criterios:

a) En primer lugar, la *importancia cualitativa y cuantitativa* del origen de los ingresos percibidos por el profesional. Así si los beneficios obtenidos por la participación social son el único ingreso del profesional, o superan los que pueda percibir por vías distintas de su participación (ya sea salario o comisión por resultado), ha de entenderse que nos alejamos de la nota de la ajenidad. Sin embargo, si la cantidad percibida por el profesional como "retribución" -ya sea fija o variable- por el desempeño de su actividad es superior a lo obtenido como dividendos, nos acercamos a una relación por cuenta ajena.

b) En segundo lugar, la *relación entre la proporción de capital ostentada por cada uno de los socios*. En efecto, para que pueda afirmarse que alguien trabaja "por cuenta ajena" debe ser posible señalar a un sujeto como aquél por cuya cuenta se trabaja, esto es, un empleador. Si en una sociedad profesional, un socio ostenta -por ejemplo- el 45 % del capital social y los restantes 10 socios ostentan porcentajes en torno al 24 %, no hacemos violencia al lenguaje si afirmamos que cada uno de los 10 socios minoritarios

---

<sup>557</sup> STCT de 5-10-1977(Ar.4597).

trabajan "por cuenta" ajena. Por el contrario, si se trata de una sociedad de 50 abogados en la que cada uno de ellos ostenta participaciones que oscilan entre el 1 y el 4 %, difícilmente podrá afirmarse que cada uno de ellos trabaja "por cuenta ajena".

Dado que la calificación de trabajador por cuenta ajena debe realizarse teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, parece razonable valorar conjuntamente los indicios que se han expuesto hasta aquí. Por ejemplo, nos parece evidente que, en el último ejemplo transcrito, si la fuente principal de ingresos de los socios que ostentan el uno o el dos por ciento del capital social es su salario y no su participación en beneficios, el hecho de que no exista un socio dominante no afecta a la calificación como trabajador.

6. Junto a la ajenidad la otra nota sobre la que se hace descansar la distinción entre una relación societaria y laboral, es la nota de la *dependencia*. La dependencia laboral se define como un *sometimiento al ámbito de organización y disciplina empresarial*, esto es, como una *dependencia jerárquica y disciplinaria ejercida en el marco del contrato de trabajo* (arg. ex art. 1.1 y 8.1 LET)<sup>558</sup>. Así las cosas, la presencia de circunstancias indicativas de una relación de dependencia (tales como lugar de trabajo, exclusividad, jornada, horario de trabajo, retribución, libertad de aceptar o rechazar el asunto encomendado, etc.) que evidencien que un profesional se halla en una sociedad inserto en el círculo rector y disciplinario de otros profesionales, existiendo una jerarquía profesional, al que el primero deba

---

<sup>558</sup> Así la definen las SSTCT, 6-VI-1.983 (Ar.5240); SSTS, 18-I-1988 (Ar.59), 15-II-1.988 (Ar.621). Definición que, como decimos, se deduce del art. 1.1 LET la cual comprende en su ámbito de aplicación a aquellos que prestan "sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Declarando el art.8.1 de la propia LET la presunción de existencia de un contrato de trabajo "entre todo aquel que presta un servicio por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de otro..."



someterse, constituye un *indicio* de que nos hallamos ante una relación laboral<sup>559</sup>. En cualquier caso, para calificar una relación como laboral es necesario que exista una dependencia jerárquica y disciplinaria ejercida en el marco del contrato de trabajo, esto es, dependencia laboral en sentido estricto<sup>560</sup>.

Así entendida no parece difícil comprender que no puede hablarse de relación laboral cuando en lugar de dependencia, entendida en los términos expresados, lo que existe es una colaboración recíproca y contribución común en el desarrollo de, en nuestro caso, una actividad profesional. En efecto, "no hay relación laboral entre quienes se asocian para ejercer su actividad creando una entidad en la que todos colaboran con la prestación de sus servicios"<sup>561</sup>. Los vínculos de dependencia o subordinación no pueden pues, subsistir jurídicamente "en quienes entre sí son iguales"<sup>562</sup>. No se puede hablar en el caso de socios profesionales de un "sometimiento a un círculo rector extraño",

---

<sup>559</sup>En general sobre la consideración de trabajo dependiente en el sentido indicado, como uno de los criterios que de modo notorio y reiterado se considera por la jurisprudencia para calificar una relación como laboral vid. el abundante corpus jurisprudencial al que, en este sentido, hace referencia MONTOYA, *Abogados*, pp. 18 ss; otras sentencias en esta línea son citadas por DICTAMENES Y ASESORIAS, S.A., "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Rev.Trabajo*, 1.988, p.181. V.también G.BAYON CHACON, "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?", *RDP*, 1.961, pp.451-467; M.RODRIGUEZ PIÑERO, "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, 1.966, n.71; F.PEREZ DE LOS COBOS, "El trabajo subordinado como tipo contractual", en *Derecho Laboral*, 1.993, n.39; J.LUJAN ALCARAZ, *La Contratación privada de servicios y el Contrato de trabajo*, Madrid, 1.994, pp. 411 ss, 421.

<sup>560</sup>De ahí que no deba extrañar el fallo de algunas sentencias en las que si bien se pone de relieve la existencia de una cierta dependencia, ésta no es calificada como dependencia laboral, y consecuentemente las relaciones a enjuiciar se han excluido del ámbito de las relaciones laborales Vid. en este sentido las referencias citadas en la nt. 580.

<sup>561</sup>STCT, de 13 de marzo de 1.985.

<sup>562</sup>STS 7-XI-1.985 (Ar.5738). En el mismo sentido vid. STCT de 11 de julio de 1977 (Ar.4114).

desde el momento en que éste es precisamente "uno de los miembros de ese mismo círculo"<sup>563</sup>.

7. Demostrada la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia en la relación que une al profesional con la sociedad, la consecuencia obvia es su sometimiento a las normas laborales y la inaplicación del Derecho de sociedades. Naturalmente, si concurren las dos condiciones en la persona del profesional, habrá de aplicarse el Derecho laboral a la prestación de trabajo, quedando regulados por el Derecho de sociedades los aspectos societarios de la actuación del profesional.

## V. NATURALEZA JURIDICA DE LA RELACION QUE UNE A LOS "ASOCIADOS" CON LA SOCIEDAD PROFESIONAL.

1. La prestación de la actividad profesional a una sociedad por parte de los llamados profesionales "asociados" se encuentra sujeta a enorme incertidumbre en la praxis judicial, lo que resulta especialmente preocupante si se tiene en cuenta su enorme extensión en el tráfico. La discusión se centra en la naturaleza jurídica del vínculo que une a las sociedades profesionales con estos profesionales.

---

<sup>563</sup>STS, Sala Sexta, de 15 de febrero de 1.988. (Ar. 621). En Francia, y para disipar las posibles dudas, la Ley 77-685, de 30 de junio de 1.977, ha establecido expresamente en su artículo tercero que el abogado que ejerce su profesión como miembro de una sociedad o de una asociación de abogados no tiene la condición de trabajador asalariado. Un estudio crítico de la norma en A.CHIREZ, "La qualité de non salarié de l'avocat collaborateur", *Droit Social*, n.5, 1.978, pp.142-151; Ph.JESTAZ "La robe prétexte du collaborateur d'avocat", en *Revue Trimestrielle de Droit Social*, 1.977, p.295. En el sentido de admitir prueba en contrario demostrativa de la condición de asalariado, sent. *Cour d'Appel* de París de 7 de noviembre de 1977 (*Dalloz*, 1.977, p.652). De otro lado el art. 11.3 de la ley francesa de sociedades civiles profesionales, ha establecido, resaltando así la independencia propia de los profesionales que deciden asociarse para el ejercicio conjunto de la profesión, que los poderes de los administradores no pueden en ningún caso crear un vínculo de subordinación de los socios respecto a la sociedad en el cumplimiento de su actividad profesional.

2. Dos son, a nuestro juicio, las opciones posibles a la hora de determinar la naturaleza jurídica de estas relaciones. La primera consistiría en dejar la cuestión en manos de las partes del contrato para que sean ellas las que definan en cada caso la naturaleza civil o laboral de la relación. La segunda pasaría por aplicar a estos casos una presunción de no laboralidad, apta para desvirtuar el principio general de signo contrario que rige en el derecho del trabajo. Se trata de una cuestión que escapa, en buena parte al objeto de nuestro estudio, por lo que nos limitaremos a señalar algunas ventajas y algunos inconvenientes de cada una de las soluciones alternativas.

a) De acuerdo con las concepciones dominantes en el sector profesional, la solución más adecuada es la que confiere plena libertad a las partes para estructurar y calificar los términos del contrato. La consagración expresa de la *potestad de las partes para determinar la naturaleza de la relación* tendría la ventaja de la claridad -parecería en efecto, que con ella quedan despejadas todas las incógnitas-. Debe precisarse además que una solución de este tipo no sería extraña dentro de nuestro sistema, que posee antecedentes en la misma dirección. Así, en el plano general, puede mencionarse el propio art. 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores que excluye expresamente de la contratación laboral a los transportistas titulares de vehículos de servicio público, aun cuando en ellos concurren las notas de laboralidad y, en particular, aunque operen de un modo continuado "para un mismo cargador o comercializador". En el plano específico de las relaciones profesionales hay que recordar el artículo 3 de la Ley 39/1975, de 31 de octubre. El precepto establece con toda claridad que las relaciones entre las sociedades mercantiles y sus letrados asesores "...serán de carácter exclusivamente profesional, sin perjuicio de aquellos casos en que esta relación se establezca mediante contrato laboral de manera expresa".

Ha de advertirse sin embargo, que aun cuando esta solución se consagrara legislativamente, no habría en todo caso plena seguridad de que la cuestión quedase definitivamente zanjada. En este sentido no estará de más recordar la experiencia habida en relación a la Ley 39/1975 que, no obstante la inequívocidad de los términos legales, ha sido interpretada por la doctrina y jurisprudencia como una simple inversión de la presunción general de laboralidad<sup>564</sup>. La única manera de enervar este riesgo de degradación de la norma sería acogiendo una solución como la adoptada en Francia, esto es, declarando cuestión de orden público la absoluta incompatibilidad entre el carácter laboral y el carácter profesional de la relación<sup>565</sup>. Consideramos sin embargo, que una solución tan extremosa no puede recomendarse sin gravísimas reservas. No hay, en efecto, razón alguna, para impedir que las partes voluntariamente se sujeten al derecho laboral<sup>566</sup>. El orden público

---

<sup>564</sup>V. por ejemplo, STS 21-XII-1984, y A.MONTOYA/CAMARA BOTIA, *Abogados: profesion liberal y contrato de trabajo*, Colección jurisprudencia práctica, Madrid, 1.990, pp. 11-12.

<sup>565</sup>El artículo 3 de la Ley 77-685, de 30 de junio de 1977, establece en efecto que, "*l'avocat qui exerce sa profession en qualite d'avocat collaborateur ou comme membre d'une societeete ou d'une association d'avocats na pas la qualite de salarie*". El párrafo segundo del precepto confiere a la norma "*caractere d'ordre public*" y, por tanto, impide su derogación o alteración por las partes. Estas no pueden acogerse al derecho laboral. El caso opuesto se da en Estados Unidos, donde no existe en efecto, duda alguna sobre la posible contemplación de los *associates* como empleados. El término *associates*, en el campo de la abogacía -y en general cualquier actividad profesional liberal-, cuando se usa por los colegios profesionales, designa a aquellos abogados que están empleados por otro abogado o por una *law firm*, y no asumen riesgo o responsabilidad por los actos de la firma. El concepto de autonomía en los *associates* americanos, es quizá el último rasgo que les podría caracterizar dentro de una *law firm*. Se les prohíbe tener una clientela a título exclusivo; si tienen clientes personales, tienen prohibido recibirlos en las oficinas de la firma, los clientes al ser considerados como clientes de la firma, y no del abogado individual, se resolverán sus intereses según lo que dicte la firma y no por la conciencia u opinión del abogado, las reglas de la firma se convierten en las reglas personales de los *associates*, en definitiva los *associates* se convierten inevitablemente en unos "*yes-men*". Mientras que la ley francesa protege los derechos de los colaboradores, permitiéndoles rehusar un trabajo que vaya contra su conciencia, en la ley americana el derecho de los *associates* a rechazarlos es inusual. Se limitan a obedecer órdenes. La autonomía y la no conformidad en la comunidad americana, se han ido desplazando por una creciente creencia en el valor del trabajo en equipo. Los equipos deben ser organizados para ser efectivos. En una *Law Firm*, la organización significa aceptar las órdenes y respetar las reglas de organización Vid. el interesante artículo TANG THI THANH TRAI LE, "Professional independence and the associate in a law firm: a french case study", *The american journal of comparative law*, 1981, vol.XXIX, p. 647-670.

<sup>566</sup>En este sentido la solución legal francesa es criticada por la doctrina mas generalizada; v. a título de ejemplo A.CHIREZ, "La qualité de non salarié de l'avocat collaborateur", en *Droit Social*, núm.5, 1978, p. 142-

profesional no es inconciliable con la relación de la dependencia jerárquica propia del derecho laboral, pues como ya advertimos en su momento la dependencia en el trabajo no excluye la independencia en el ejercicio de la profesión<sup>567</sup>.

b) La solución alternativa se construye mediante la *inversión de la presunción general de laboralidad* consagrada en el art.8 del Estatuto de los Trabajadores. Desde el punto de vista político e incluso desde el punto de vista más genérico de la cultura jurídica doméstica, esta opción presenta ciertamente menos problemas de recepción, toda vez que en buena medida refleja una racionalización de lo que es una tendencia manifiestamente perceptible en la práctica. La doctrina y jurisprudencia laborales muestran, en efecto, una clara predisposición a no laboralizar las relaciones profesionales<sup>568</sup>. Esta predisposición se refleja especialmente en el modo en

---

151; Ph.JESTAZ, "La robe pretexte du collaborateur d'avocat", en *Revue Trimestrielle de Droit Social*, 1.977, p.295.

<sup>567</sup>Nuestra jurisprudencia lo ha establecido claramente. Es doctrina constante que la nota de la dependencia propia de la relación laboral, si bien implica integración del profesional "en el círculo organicista, rector y disciplinario", y, por tanto, una "reducción y sacrificio de la plena autonomía característica de la manera normal de ejercicio de la profesión liberal", ha de interpretarse en este ámbito sin menoscabo de la "plena autonomía en el cómo llevar a término el servicio por cuenta ajena": SSTs/SOC de 19-4-1966 (Ar.2145); 10-6-1978 (Ar.2278); 11-4-1990 (Ar.3460); 21-5-1990 (Ar.4993); 21-9-1990 (Ar.7926); 24-2-1990 (Ar.1911). En la misma línea se orienta la doctrina: v. en este sentido las referencias de la nota 160 y, específicamente, I.ALBÍOL MONTESINOS "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", *Cuadernos de Derecho de trabajo*, nº.1, 1.985, pp. 1 ss; MARTÍN VALVERDE/F.RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ/J.GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, ed.Tecnos, 1.996, 5ªed., p.40, etc.

<sup>568</sup>Ofrece una amplia información el informe elaborado por DICTAMENES Y ASESORIAS, S.A., "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas en el caso de los bufetes de abogados", *Revista de Trabajo*, n.92, 1.988, pp.189-195. Esta resistencia cultural a la laboralización de las relaciones profesionales se percibe en muchas resoluciones: v., por ej., STS, Sala Sexta, 7-XI-1985 (*apud* M.ALONSO OLEA/Mª E.CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.995, p.141 y nt.17); STCT de 11-VII-1977 (Ar.4114); STCT, y de 13-IV-1984 (Ar.3567) (sobre la primera v. GONZÁLEZ ORTEGA, "Relación entre el Abogado y su pasante", en *Revista de Política Social*, 1.978, n.120, pp. 39 ss, y de nuevo ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 1.995, p.141; sobre ambas v. L.MARTÍNEZ GIRON, *La contratación laboral de servicios profesionales*, Univ.Santiago de Compostela, 1.988, pp. 75 ss). Tiene también interés la STCT de 20-10-1.982 (Ar.5583), referida al caso de un delineante que colabora con un arquitecto "en la copia de planos, croquis y trabajos de delineación, percibiendo cantidades diversas según el trabajo realizado correspondiente a un determinado proyecto que aquel dirigía (...); perfilándose así una relación jurídica extraña al contrato de trabajo, concertada entre dos profesionales".

que suelen aproximarse a los considerados presupuestos sustantivos de la relación laboral en materia de profesionales y, en particular, al presupuesto de la *dependencia*<sup>569</sup>. Son muy abundantes en efecto, las resoluciones judiciales en las que si bien se pone de relieve la existencia de una cierta dependencia entre profesionales ésta no es clasificada como laboral en el sentido del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>570</sup>, y consecuentemente se excluye del ámbito del derecho del trabajo las relaciones enjuiciadas. En este sentido puede servir como botón de muestra la importante STS de 23 de enero de 1.990 (Ar.197)<sup>571</sup>. El TS considera que los indicios de dependencia resultantes de la práctica de la prueba son insuficientes para destruir la presunción de trabajo libre ("cabría decir que para que se aprecie relación laboral debería estar reconocida expresamente o por hechos concluyentes que no permitan duda al respecto, no bastando que se de alguna nota que aparentemente implique dependnecia"]; antes bien, "es claro que la existencia de un grupo de abogados que trabajan en un mismo despacho, no implica relación laboral

---

<sup>569</sup>El presupuesto de la dependencia "*cobra una importancia absolutamente decisiva... en los casos de prestación de servicios propios de las profesiones liberales, ya que si aquella existe "el contrato será laboral" y si no existe "será puramente civil"* (Sentencia de 27 de julio de 1.988 de la Magistratura de Trabajo n. 13 de Madrid). Sobre la consideración de la dependencia como uno de los factores esenciales para calificar una relación como laboral, v. el abundante corpus jurisprudencial recopilado por MONTROYA/CAMARA BOTIA, *Abogados*, pp. 18 ss; v. también J.LUJAN ALCARAZ, *La Contratación privada de servicios y el Contrato de trabajo*, Madrid, 1.994, pp. 411 ss, 421.

<sup>570</sup>Sobre el concepto de dependencia relevante a los efectos de su calificación como laboral vid. de nuevo nt.566.

<sup>571</sup>Esta sentencia tiene su origen en el recurso frente a la Magistratura de Trabajo, n.13 de Madrid, de 27 de julio de 1988 (objeto del informe de DICTAMENES Y ASESORIAS, S.A. "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Rev.Trabajo*, 1.988, pp.177 ss), que había apreciado la competencia de jurisdicción para conocer de una reclamación por despido planteada por un abogado que prestó sus servicios en cierto despacho jurídico dirigido y representado por otro profesional del Derecho. De acuerdo con los hechos declarados probados, el abogado demandado, como titular del despacho, ejercía en el mismo funciones directivas y firmaba todas las minutas de honorarios y los escritos jurídicos impartiendo instrucciones a cada uno de los abogados que formaban el despacho. Estos además de estar sometidos a horario, debían poner en conocimiento del abogado que actuaba como director, el lugar en que se encontraban en cada momento, sin que la prueba practicada acreditase su libertad para aceptar o rechazar la defensa de los asuntos encomendados. Contra el criterio de la Magistratura, el TS ha entendido que en los hechos relatados no se aprecia la existencia del contrato de trabajo, y casa, seguidamente la sentencia recurrida.

entre la persona más caracterizada del grupo y el resto de sus miembros, pese a que lleve las funciones de dirección del grupo, pues todo grupo que actúa precisa una ordenación". En definitiva, se excluye la dependencia y, por ende, la laboralidad del vínculo por entenderse "que la posición *prevalente* del (abogado) demandado en el grupo no era la propia de un empresario con lucro empresarial propio, sino la inherente a la existencia del grupo (...para la) actuación profesional conjunta en un despacho"; de modo que aquella "persona más caracterizada", y cuya posición es más "prevalente", por ser normalmente un profesional de "mayor prestigio"<sup>572</sup>, simplemente "asumía función destacada en lo que pudieramos llamar autoorganización del grupo"<sup>573</sup>.

Naturalmente la inversión de la presunción de laboralidad no impide que en determinados casos se laboralice la relación. Como era de esperar, la jurisprudencia recurre frecuentemente a la doctrina de la simulación negocial para calificar como laborales relaciones que expresamente se han configurado como profesionales o civiles -san societarias o arrendaticias-<sup>574</sup>. Pero este

---

<sup>572</sup> Ahora en palabras de la STS/SOC de 7-11-85.

<sup>573</sup> La doctrina de la mera "función destacada" en la autoorganización del grupo expuesta en la sentencia de casación comentada fue rápidamente refrendada por la STS 9-II-1.990 (Ar.886). Pero ya antes habían recaído innumerables resoluciones en la misma dirección: v., entre otras, STS 7-XII-1983 (Ar.10609); STCT 10-II-1982 (Ar.745); STCT 6-III-1.984 (Ar.2134); STCT 10-II-1982, etc. Particular atención merece también en este sentido la STS de 7-XI-1985 (Ar.5738), en la que se condensa el *ethos* de la profesión liberal tal y como es captado e interpretado por la judicatura. Afirma el Tribunal Supremo que "*Cuando un médico se integra en el equipo de otro de mayor prestigio, no lo hace en virtud de un contrato laboral que lo sujete a disciplina, obediencia y ajenidad propias de ese negocio jurídico, de tal forma que uno se transforme en trabajador por cuenta ajena y el otro en empresario de sus colaboradores, porque ello erradicaría estas formas de colaboración tan usuales entre profesionales de la medicina (y propia) entre las personas que ejercen una profesión liberal, sin que entre ellas se creasen vínculos de dependencia o subordinación*".

<sup>574</sup> No faltan, en efecto, resoluciones en que los tribunales se afanan por neutralizar intentos fraudulentos de marginar de la legislación laboral a auténticos trabajadores: v., STS 19-II-1976; STS 28-V-1977; STS 9-XII-1980; STCT 29-X-1.984; STCT 2-XII-1987; STCT 19-I-1988 (Ar.750), que aprecia el carácter simulado del contrato constitutivo de cierta "Sociedad Colectiva Educativa", por ser un instrumento encubridor de verdaderas relaciones de trabajo; TSJ de Navarra de 3 de octubre de 1.990 (en *Actualidad Laboral*, 1991, n.2, ref., 59, pp. 109 ss) que, frente a un denominado "contrato de colaboración mercantil", decide pertinentemente, según se deduce de las circunstancias probadas, que aquel contrato "*envuelve o encubre... fraudulentamente una relación laboral, disimulada con pactos accesorios y una equívoca terminología, al concurrir en ella todas las notas que la caracterizan y la define*"; o TDJ de Andalucía de 5-IX-1990 (*Actualidad Laboral* 1991,2, ref.46, pp. 87 ss)

riesgo difícilmente puede conjurarse. Como hemos tenido ocasión de señalar, ni siquiera una declaración terminante de la Ley facultando a los interesados para determinar la naturaleza de su relación ha impedido que los tribunales rectificasen la calificación contractualmente convenida por las partes.

## § 22. Aportaciones atípicas de actividad.

A la vista de las consideraciones precedentes, puede afirmarse que el contenido típico de la obligación asumida por los profesionales en las sociedades que nos ocupan es la prestación de sus servicios profesionales.

La cuestión que ahora nos planteamos es la posibilidad de configurar como aportaciones otro tipo de prestaciones, tales como la abstención de competencia, la aportación del nombre, y la aportación de la clientela a las que

-por las razones que más adelante se expondrán- hemos denominado genéricamente como aportaciones atípicas de actividad, y que presentan asimismo una importancia económica fundamental en las sociedades profesionales.

---

que se refiere a una "mera apariencia o vestidura (sin) relevancia jurídica en el caso de cierta sociedad civil constituida por varios trabajadores (azafatas) a fin de ocultar la verdadera naturaleza laboral de sus relaciones con el receptor y organizador de sus servicios". Se conocen también supuestos simétricamente contrarios, donde lo que se considera simulada es la relación laboral superpuesta al verdadero vínculo de naturaleza societaria: v. por ej., STCT 20-XI-1984; STCT 7-XI-1984; STCT 8-X-1987 (*Actualidad laboral*, 1987, 47, ref.1174, pp.2619 ss). En la doctrina puede consultarse el estudio de J.M.GALIANA MORENO, "El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo, Libro Homenaje a Alonso Olea*, Madrid, 1.990, pp.460 ss. Asimismo son frecuentes contratos calificados como arrendamientos de servicios que encubren un contrato de trabajo (STCT 27-VI-1973); para ulteriores referencias v., MONTOYA/CAMARA BOTIA, *Abogados*, pp. 13-15.



## I. ABSTENCION DE COMPETENCIA COMO OBJETO DE APORTACION EN LA SOCIEDAD PROFESIONAL.

1. Es evidente que el profesional, además de comprometerse a ejercer su actividad en sociedad, puede obligarse, como prestación accesorio, a no realizar actividades competitivas en aquellos casos en que la prohibición de no concurrencia haya sido dispensada por el contrato social (art.138 C. de c)<sup>575</sup>; el socio adquirirá ésta, su condición, por los servicios profesionales prestados, actividad que se realiza como aportación a título principal, siendo adicional a la misma la abstención de concurrencia, por la cual y atendiendo a la trascendencia que la misma pueda implicar en el desarrollo de la actividad social, podrá acordarse una mayor participación del socio en los beneficios sociales, que la que le hubiera correspondido por su aportación a título principal<sup>576</sup>.

De lo que se trata, a continuación, es de decidir si la abstención de competencia puede constituir la única aportación que un socio realice a la sociedad profesional.

2. El tratamiento de la abstención de competencia como aportación exige distinguir según el tipo social al que se acojan los profesionales. En el marco de las *sociedades de capital*, no parece difícil comprender que la

---

<sup>575</sup> Así, CAPILLA, *Comm.Edersa*, XXI-1,p.234; URIA "Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española", *RDM*, abril-junio 1956,p.329-330.

<sup>576</sup> En este mismo sentido la ley francesa de sociedades civiles profesionales de 29 de noviembre de 1966, en su artículo primero, párrafo segundo, establece que las sociedades civiles profesionales tienen por objeto el ejercicio en común de la profesión de sus miembros..., disposición que indica según la doctrina más autorizada, en conexión con otros preceptos del mismo texto (art.10), que todos los asociados acceden a la sociedad por la prestación de sus servicios, y que si bien otras prestaciones pueden resultar útiles e incluso necesarias, no serán sino complementarias y no podrán ser efectuadas por otras personas que aquellas que consagraron su trabajo a la sociedad. J.BARDOUL, "Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", en *Rev.Soc.*, 1973, p.415.

abstención de competencia no puede configurarse como aportación en sentido técnico jurídico, toda vez que el legislador ha excluido expresamente como aportación la prestación de toda actividad. Naturalmente ello no impide sin embargo la posibilidad de que la abstención de concurrencia se configure -al igual que la prestación de servicios- como contenido específico de una prestación accesoria.

3. Más espinosa se presenta la cuestión en el ámbito de las *sociedades de personas*. En efecto, la abstención de concurrencia como objeto específico de aportación social es uno de los aspectos que más ha dividido a la doctrina en lo que se refiere a su consideración o no como aportación de industria<sup>577</sup>. La discusión surge como consecuencia de la falta de una clara decisión legislativa. No se deduce con nitidez de nuestros textos legales si la abstención de competencia constituye "aportación" suficiente, por sí sola, para convertir a su autor en socio industrial, o si por el contrario sólo determinadas actividades pueden integrarse dentro del concepto de aportación de industria, actividades de las que debería excluirse la abstención de competencia. La discusión se traslada así al concepto de aportación que se maneje. Si se incluye dentro de la aportación de industria la prestación de toda clase de "servicios" que puedan proporcionar una utilidad económica a la sociedad, y no sólo las que se derivan de una prestación de trabajo o de obra

---

<sup>577</sup>En contra de la misma como objeto específico de aportación vid. VERGUEZ, *Socio industrial*, Madrid, 1.972; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, pp.231-234; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed. pp.237-238; FERRI, *Le società*, Torino, 1.971, 15; SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, Milano 1977, p. 177 y ss., recoge el sentir de la doctrina contrario a la inclusión como objeto de las aportaciones, aquellas que se deriven de un no hacer, sin perjuicio del reconocimiento de la utilidad económica que ese comportamiento pueda producir en determinados casos. Admiten la misma, LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil*, I, Barcelona, 1.950, pp.412 ss; PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.681, VI, p.1.415; SIMONETTO, "L'appoto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1958, pp.30-32; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 488: *Ein Wettbewerbsverbot kann als Beitrag des Gesellschafters im Vertrag vereinbart sein.*

no hay inconveniente alguno en incluir aquellas actividades cuyo objeto es estrictamente negativo, es decir, que consistan en un *non facere*.

4. No obstante, para la mayor parte de nuestra doctrina no resulta fácil la inclusión de estas prestaciones de no hacer, dentro de la aportación de industria, especialmente cuando la prestación negativa consiste en la abstención de concurrencia. El argumento principal en contra de esta ampliación se sintetiza en la consideración de que "la aportación de una abstención de concurrencia da lugar a una colaboración totalmente externa a la actividad social y no a la colaboración de carácter interno y de íntima conexión con el fin social que parece estar implícita en la misma formulación que hace el legislador al hablar de "poner en fondo común bienes o industria"<sup>578</sup>. Además -se añade-, esta abstención de competencia, objeto de discusión en su posible consideración como objeto de aportación de industria, es legalmente una obligación expresa impuesta de un modo general en el artículo 1.683 Cc, y en particular para los socios colectivos en el artículo 116 del Código de comercio. Puede por tanto esta abstención, considerarse como una consecuencia, o un efecto legal de la adquisición de la cualidad de socio, con lo que en este sentido no resulta difícil deducir la imposibilidad de que pueda considerarse objeto de la aportación (que es presupuesto para asumir la condición de socio) una obligación legalmente impuesta a un socio, precisamente por serlo<sup>579</sup>.

---

<sup>578</sup> Así, VERGEZ, *El socio industrial*, Madrid 1972, p.40.

<sup>579</sup> Así, CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.223.

5. Hay, no obstante, argumentos que justifican sobradamente -a nuestro juicio- la posibilidad de configurar la abstención de competencia como objeto de aportación.

a) En primer lugar, los argumentos de carácter formal pueden contestarse también con otros argumentos del mismo carácter. En este sentido debe afirmarse que aún cuando la ley parece referirse a aquellas aportaciones sociales que implican un contenido positivo, de dar o hacer algo, y que se hallan en íntima conexión con el fin social, lo cierto es que en ningún momento el legislador ha prohibido la abstención de concurrencia como aportación. Simplemente se limita a no contemplar esta posibilidad; no contemplación que en absoluto implica necesariamente su prohibición.

b) Además, en relación al contenido positivo de la aportación de industria, puede afirmarse que en la medida que el profesional realiza esta obligación de *non facere*, vincula su propia actividad a la sociedad, al imponerse la obligación de no ejercerla. Para no hacer una cosa es necesario hacer alguna otra, en este sentido conceptualmente se puede concebir el *non facere* como un *facere* de carácter negativo<sup>580</sup>. Desde este punto de vista no se ve inconveniente alguno en la inclusión de la misma dentro del término de industria, como aportación de actividad de carácter negativo.

c) En tercer lugar, la alegación de que la abstención de competencia constituye contenido "natural" de la obligación de prestación de actividad es de recibo únicamente cuando se discuta la posibilidad de aportar una "abstención de competencia" como parte de la aportación global del socio, pero no en el caso que aquí discutimos, en el que de lo que se trata es de decidir si puede aportarse exclusivamente el compromiso de no hacer competencia a la sociedad.

---

<sup>580</sup> Así, SIMONETTO. "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958,I, p. 32.

d) Conviene recordar además, el *principio de libertad contractual* de las partes en relación al deber de abstención de competencia. En efecto, el carácter dispositivo del deber de no competencia se desprende claramente de la redacción del último inciso del artículo 137 CCo<sup>581</sup>; y si la razón última de esta disposición de la autonomía de la voluntad, descansa en la idea de que son las partes las que están mejor situadas para determinar sus propios intereses, y vías de solución a los conflictos que eventualmente puedan surgir<sup>582</sup>, no existe razón alguna para que lo que normalmente, en la

---

<sup>581</sup> Sobre el carácter dispositivo de este deber, vid. en general, GIRON, *Der.Soc.*, I, pp.425-426. En el ámbito profesional este carácter dispositivo se manifiesta expresamente en la regulación de los auditores. En efecto, ni la ley que los regula, ni el posterior Reglamento que la desarrolla, impiden pertenecer a sus miembros a más de una sociedad, o si la sociedad se lo admite trabajar además como auditor individual. Ahora bien, entendemos que, si nada se dice en su ley específica, será de aplicación el régimen general societario, por lo que si los auditores se acogen a la forma de sociedad civil o colectiva este deber de abstención provendrá de los artículos 1.683; y 136 I, 137 del CC y CCo respectivamente; en el caso de acogerse a cualquiera de las formas de capital, si bien el deber de no competencia se encuentra sólo establecido para los administradores, ello no impide la extensión en los Estatutos a los no administradores (v. DGRN 7.4.81, Ar.2184 para una sociedad limitada y la decisión de la DGRN 26.7.88, Ar.6356, en relación a una sociedad anónima, la cual califica en este caso la prohibición de competencia como "prestación accesoria"). Es de suponer no obstante, que si la mayoría de los administradores o directores deben ser auditores (art.28 c), del Reglamento) y por tanto para ellos es de aplicación directa el deber de no competencia impuesto por ley a los administradores, es de suponer decimos, que al resto de auditores que no formen parte de la administración también se les extienda este deber.

<sup>582</sup> Ejemplo máximo de esta consideración de reconocer primacía a los acuerdos de las partes, incluso aunque ello pueda suponer una invasión o ataque a los deberes fiduciarios de los socios, lo constituye el caso americano *Singer v. Singer*, donde el deber de fidelidad fue derogado en base a un acuerdo de la *partnership* en juicio que estipulaba lo siguiente: *Each partner shall be free to enter into business and others transactions for his or her own separate individual account, even though such business or other transaction may be in conflict with and/or competition with the business of the partnership. Neither the partnership nor any individual member of this partnership shall be entitled to claim or receive any part of or interest in such transactions, it being the intention an agreement that any partner will be free to deal on his or her own account to the same extent and with the same force and effect as if he or she were not and never had been members of this partnership*: 634 P.2d 766 (Okla. Ct. App. 1.981), recogida por J.D.HYNESS, "Fiduciary Duties and RUPA: an Inquiry Into Freedom of Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, pp. 29 ss, 41. En este mismo sentido H.N.BUTTLE/L.E.RIBSTEIN, "Opting out of Fiduciary Duties: A response to the ANti-Contractarians", *Wash.L.Rev.*, 1.990, vol.65, n.1, p.29: "In selecting between fiduciary duties and alternative constraints, the parties consider both the costs and benefits of fiduciary duties, and at the margin trade off fiduciary duties for other constraints...[T]he parties...may conclude that the costs of fiduciary duties outweigh their gap-filling benefits". En el ámbito legislativo estas consideraciones de dar primacía a los acuerdos de las partes aún en contra de que los mismos supusieran un ataque a los deberes fiduciarios de los socios, venía representada por la *Uniform Partnership Act* de 1.914 (UPA). Distinta ha sido la consideración que la cuestión ha merecido en la *Revised Uniform Partnership Act* de 1.994 (en adelante "RUPA"). Entre las modificaciones que la misma ha llevado a cabo hay que destacar a este respecto, la labor de revisión realizada sobre el tópico de las *fiduciary relationships* entre los partners a través de un camino innovador y controvertido. Al contrario que en el UPA, la propuesta de la RUPA se basa en un régimen en el que las obligaciones fiduciarias de los socios *inter se* (previamente definidas y delimitadas en la ley) constituyen un mandato superior a un posible acuerdo

generalidad de los casos, es una consecuencia de la condición de socio, pueda en otros -merced a su utilidad económica- ser acordado por las partes como verdadera causa de la atribución de esta condición.

e) Pero el argumento fundamental es de carácter mucho más sustantivo. A nuestro juicio, la cuestión debe centrarse en si la abstención de competencia puede producir una *utilidad económica* a la sociedad, en orden a la eficaz consecución del objeto social. En la medida que esta utilidad patrimonial sea valorable económicamente no debe existir obstáculo alguno a que la misma pueda ser objeto de apropiación por parte de la sociedad. En este sentido bien puede afirmarse que la verdadera causa de cualquier contrato de sociedad, no depende de la forma jurídica a través de la cual se produce el efecto útil a la sociedad, sino de la utilidad económica que realmente se convierte en motivo de interés social para atribuir a su titular la condición de socio<sup>583</sup>.

Pues bien, nos parece evidente que la abstención de competencia del socio ofrece una utilidad económica a la sociedad que se cifra en que, al asumir tal obligación, en realidad lo que se esta es *cediendo un mercado* que tiene valor económico. En efecto, el profesional que se obliga a una abstención de competencia, se autolimita se obliga a constreñir su propia

---

contrario de las partes. La creación de estos *mandatory fiduciary duties* restringen en consecuencia la libertad de contratación entre las partes, disminuyendo en consecuencia la certidumbre y aplicabilidad de los acuerdos adoptados. Las críticas no se han dejado esperar. Así, L.E.RIBSTEIN (en un artículo dirigido a los primeros proyectos de la RUPA), "The Revised Uniform PARTnership Act: Not Ready for Prime Time", *Bus.Law*, 1.991, vol.49, pp.45 ss, entiende que los *mandatory fiduciary duties* "*change decades of prior law under the UPA*", argumentando a tal efecto el que nunca antes se habían impuesto estos *mandatory fiduciary duties* entre los socios. En la misma línea el autor afirma que los "*mandatory fiduciary duties* are also bad policy because they preclude worthwhile contracts". Por su parte J.D.HYNESS, "Fiduciary Duties and RUPA: an Inquiry Into Freedom of Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, pp. 29 ss, mantiene en la misma línea que las reglas de los deberes fiduciarios fomentan inapropiadamente el activismo judicial. Así afirma que *Judges are invited to scrutinize terms of the partnership agreement without regard to the bargaining process by which those terms were reached. The power this appear to grant to courts to act as a "roving comissions" searching out injustice is worrisome*. Otras críticas en esta y otras líneas pueden verse en los artículos contenidos en el número monográfico de *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, dedicado por entero a las Partnerships.

<sup>583</sup> Así, SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958,I, p. 31.

actividad, su propia energía. La abstención de concurrencia con la sociedad implica un sacrificio en su persona que no puede realizar, ni por tanto beneficiarse, de su actividad profesional, en la medida que resulte competitivo a la sociedad, lo que en definitiva determina una disminución de su patrimonio personal. En correspondencia con esta disminución patrimonial del socio aportante, se produce consecuentemente un incremento del patrimonio social, que puede acceder libremente a ese mercado<sup>584</sup>.

Naturalmente sólo puede hablarse de la utilidad económica de la abstención de competencia en la medida en que el que se obliga *pueda controlar* ese mercado que cede a la sociedad. En este sentido puede afirmarse que la utilidad de la abstención no se presume<sup>585</sup>. Sólo podrá afirmarse en aquellos casos, en los que la experiencia, condiciones o aptitudes personales y profesionales del individuo puedan generar una efectiva utilidad patrimonial a la sociedad. Determinada la utilidad económica de la abstención no se ve pues, impedimento alguno a que las partes configuren la misma como objeto de aportación del socio.

f) Por lo demás, la negación de poder configurar la abstención de competencia como causa de la participación del socio, carece de todo sentido práctico en la medida que las partes pueden fácilmente salvarla exigiendo a aquel cuya abstención se considera socialmente útil para la sociedad, la aportación añadida de una mínima cantidad de dinero que sirva, ésta sí, para atribuirle formalmente la cualidad de socio. Obviamente la causa que moverá

---

<sup>584</sup>En este sentido, SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1958, p.27; G.FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Milano, 1984, p.103.

<sup>585</sup>Así, SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", en *Riv.dir.civ.*, 1958, p.30.

a la sociedad para la aceptación de este socio no será la insignificante cantidad dineraria aportada sino su abstención de competencia.

## II. APORTACION DEL NOMBRE CIVIL DEL PROFESIONAL.

### *1. Introducción.*

Analizado el nombre como signo identificativo de la sociedad, esto es, como denominación social (v. *supra* § 19), la cuestión que ahora nos ocupa es su configuración como objeto de aportación. A tal efecto, el punto de partida ha de ser necesariamente, el principio general según el cual el nombre puede ser utilizado por aquella persona que tenga derecho al mismo, para cualquier finalidad lícita lucrativa o no lucrativa que estime oportuno<sup>586</sup>. No hay inconveniente pues, en que una persona pueda utilizar su nombre para fines mercantiles (como nombre comercial, marca, rótulo, denominación social, etc), alcanzando también en estos casos un valor autonómico específico. Consecuentemente tampoco ha de existir obstáculo alguno para que su titular pueda autorizar su uso por terceros<sup>587</sup>. Este es el caso que nos ocupa. La aportación del nombre a una sociedad constituye, en efecto, un caso de *cesión del uso de un nombre por su titular -el socio- a la sociedad*. A tal efecto, estudiaremos en primer término el significado y régimen jurídico de esta aportación (v.*infra* 2), para posteriormente centrar nuestra atención en la

---

<sup>586</sup>En general sobre el significado jurídico del nombre v. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1.972, pp. 25 ss; en la doctrina alemana v. K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, trad.esp. M.IZQUIERDO/MACIAS-PICAVEA, Jaen, 1.978, pp. 156 ss; G.KRÜGER-NIELAND, "Anwendungsbereich und Rechtsnatur des Namensrechts", en *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin/New York, 1979, pp. 339 ss.

<sup>587</sup>Así, DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, p. 32; PAZ-ARES, "La Reforma del Registro Mercantil", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol.VI, Madrid, 1988, pp. 449 ss, 492.



aptitud del nombre para ser objeto de aportación y por ende su legitimidad para conferir a quien lo aporta la condición de socio (v. *infra* 3).

## 2. Significado y régimen jurídico de la aportación del nombre.

1. Como puede imaginarse, carece de sentido, hablar de "aportación" y, por tanto, de enajenación del propio nombre civil de una persona. El derecho al nombre como derecho de la personalidad es inalienable y *extra commercium*, sin perjuicio de que el titular pueda dar su consentimiento o autorizar para que algún aspecto de su derecho pueda ser utilizado por otra persona. Naturalmente ese consentimiento no implica en ningún caso la absoluta abdicación del mismo, sino tal sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que lo integran. En efecto, la cesión que una persona física realiza de su nombre ha de ser necesariamente limitada. Es evidente por tanto que si un sujeto cede la utilización de su nombre a un tercero, tal cesión no impide al cedente seguir utilizando su nombre en su esfera civil. En realidad, en derecho de sociedades, cuando se habla de aportación del nombre se quiere hacer referencia al supuesto en el cual una persona aporta su *buen nombre* a una sociedad, esto es, su crédito y reputación *en el sector del tráfico donde ejerce su actividad* de forma que, desde entonces, ese crédito pasa a ser aprovechado por la sociedad a la que se cede el uso del mismo. Lo que resulta objeto de aportación es pues, un bien fundamentalmente patrimonial con el fin de distinguir a través del mismo la actividad de la sociedad<sup>588</sup>. Esta configuración del contenido de la aportación es importante

---

<sup>588</sup>En otros términos cuando se habla de aportación del nombre a una sociedad, se hace referencia a la aportación del mismo como nombre comercial. No lo contempla así, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p. 181. quién si bien reconoce que la aportación del nombre implica aportación de prestigio o crédito comercial, vincula esta aportación no a su utilización como nombre comercial, esto es, como signo distintivo de la

para determinar qué implica la aportación del nombre, esto es, qué derechos y obligaciones resultan de la aportación.

2. El tema no ha suscitado apenas interés en nuestra doctrina. No ha sucedido lo mismo en la doctrina alemana, la cual ofrece al respecto una respuesta, a nuestro juicio, ciertamente convincente<sup>589</sup>. Resumiendo una amplia discusión, puede afirmarse que *la relación entre el derecho al nombre propio del autorizante y derecho al nombre ajeno del autorizado, debe concebirse de modo semejante a la que existe entre el derecho de propiedad y los derechos reales limitados*. De la misma forma que éstos implican que una parte de un derecho de dominio completo adquiere autonomía, el derecho que nace de la autorización para utilizar el nombre constituye un derecho autónomo del derecho pleno que incumbe al titular del nombre. En este sentido puede afirmarse que la autorización para emplear el nombre civil del profesional genera en la sociedad profesional destinataria un *derecho real limitado al uso del nombre ajeno*.

Así definido, lo que debe determinarse es en qué se concreta este derecho real limitado. Dos son las cuestiones fundamentales que se plantean a este respecto. En primer término la cuestión de la duración del consentimiento en relación al uso del nombre (*infra* 3), y en segundo término la posibilidad o no de revocación del consentimiento en cuanto a su uso (*infra* 4).

---

actividad profesional de la sociedad, sino a su utilización como parte integrante de la denominación social. El error de esta consideración ya ha sido puesto de manifiesto en páginas anteriores: la confusión de la distinta significación funcional entre la denominación social y el nombre comercial. Ciertamente podría pensarse en la aportación del nombre, no como nombre comercial sino como denominación social, esto es, como signo identificativo de la sociedad. Pero -salvo en los casos donde la sociedad pudiese utilizar además dicho nombre como nombre comercial-, este supuesto resulta ciertamente extraño. Sólo en el ámbito de las sociedades de personas esta cesión tendría un sentido. En efecto, en este caso, el socio aportante se convertiría en un "avalista" de la sociedad, esto es, en una persona que por el hecho de consentir la utilización de su nombre en la razón social, pasaría a responder ilimitadamente de las deudas de la sociedad.

<sup>589</sup>V. por todos CANARIS, *Handelsrecht*, 22 ed., München, 1995, pp. 160 ss

3. En principio, el derecho real limitado de titularidad de la sociedad vendrá configurado por las estipulaciones expresas o tácitas que se hayan pactado en el contrato de sociedad. Así por ejemplo, las partes han podido configurar la cesión por tiempo determinado -ligado o no a la duración de la sociedad-, o han podido subordinar su utilización a condiciones específicas recogidas en el contrato social<sup>590</sup>.

Como puede suponerse, el problema fundamental consiste en determinar las consecuencias que derivan de la utilización por la sociedad del nombre del socio autorizante cuando éste causa baja en la sociedad. Obviamente, las partes han podido prever tal eventualidad en cuyo caso habrá que atenerse a lo pactado. De lo que se trata es de resolver la cuestión en ausencia de pacto y decidir sobre la eficacia del consentimiento del profesional autorizante más allá de su participación en la sociedad.

A nuestro juicio, la respuesta difiere según el tipo social en que se haya otorgado el consentimiento: en las sociedades de personas, ha de entenderse que la autorización no tiene carácter definitivo, carácter que ha de afirmarse, en la duda, para las sociedades de capital<sup>591</sup>. El fundamento legal se encuentra en el hecho de que cuando se liquida una sociedad personalista, los socios tienen derecho, en general, a que se les devuelvan las aportaciones que realizaron tal y como las realizaron, lo que, aplicado al nombre civil, implica claramente que el socio aportante tiene derecho a recuperar "su pleno

---

<sup>590</sup>Para algunas hipótesis WÜRDINGER, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2ª ed., I, Berlin, 1.953. § 24, p.292.

<sup>591</sup>Esta doble regla interpretativa es la que ha elaborado la doctrina alemana alrededor del art. 24 II HGB, la cual ha cristalizado en nuestro ordenamiento a través del art. 401 RRM. Vid. CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 163-166; HÜFFER, *Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1.983, § 24, 12, p. 450; HÜFFER, "Das Namensrecht des ausscheidenden Gesellschafters als Grenze zulässiger Firmenfortführung -Besprechung von BGHZ 92, 79", en ZGR, 1.986, pp. 137 ss. y allí ulteriores referencias.

dominio" del mismo. No es esta la regla en las sociedades de capital donde la cuota de liquidación se abona, salvo consentimiento unánime de los socios, en dinero, de manera que se produce una suerte de desvinculación absoluta entre el socio y su aportación<sup>592</sup>.

La conclusión no se deja esperar. La voluntad hipotética del socio que ha consentido la utilización de su nombre por una sociedad personalista debe ser entendida en el sentido de que no renuncia a disponer de su derecho al nombre como consecuencia de su ingreso en la sociedad más que en la medida y en que permanezca en la misma. Por el contrario, la voluntad hipotética de quien aporta su nombre a una sociedad de capital debe ser interpretada a la luz de las normas transcritas, en el sentido justamente contrario: en el sentido de que el socio cede con carácter definitivo el derecho a utilizar su nombre en el ámbito delimitado por el objeto social.

La regla anterior constituye, como hemos señalado una regla interpretativa de la voluntad presunta de las partes. No puede dudarse, por tanto, de la perfecta legitimidad de un *pacto expreso* por el que se acuerde la continuidad del uso del nombre por la sociedad tras la baja del profesional en una sociedad de personas. Por lo demás, el consentimiento del profesional autorizante puede otorgarse en cualquier momento, esto es, tanto en el momento de su ingreso en la sociedad como en cualquier momento de su permanencia en ella e incluso en el momento de causar baja en la misma<sup>593</sup>.

---

<sup>592</sup> A la misma regla interpretativa apuntada en el texto llega un autorizado sector de nuestra doctrina en materia de composición de denominaciones subjetivas y en concreto en relación la eficacia del consentimiento de un socio más allá de su participación en la sociedad, cuando su nombre integra la denominación social. El fundamento positivo de dicha regla interpretativa se hace descansar en el art. 401.2, 401.4 RRM. (Vid. PAZ-ARES, "La Reforma", *Estudios Vallet*, p.491). Este argumento, no debe sin embargo, aplicarse al problema que nos ocupa. Más bien, la regulación del precepto mencionado ha de concebirse como un límite a las posibilidad de utilización societaria del nombre aportado, límite que se dicta por el legislador en interés de los terceros que se relacionan con la sociedad, pero que, en principio, no constituye una guía adecuada para valorar la cuestión que ahora nos ocupa, esto es, la relación entre el profesional autorizante y la sociedad autorizada.

<sup>593</sup> Así, CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 163-164; en el mismo sentido refiriéndose a la denominación social, COSTI, *Il nome*, p.254.

Dado que la regla interpretativa de la voluntad presunta de las partes es la contraria, el consentimiento para su utilización societaria posterior tras la salida del socio no puede presumirse. Ha de tratarse, por tanto, bien de un consentimiento expreso, bien deducido indudablemente de actos concluyentes (por ejemplo que la sociedad continúe con los herederos del causante, cuando estos han admitido la continuación del nombre de su causante sin hacer reserva alguna al respecto)<sup>594</sup>.

4. El otro aspecto problemático del derecho al uso del nombre del profesional como un derecho real limitado de la sociedad es el relativo a la *posibilidad o no de revocar el consentimiento otorgado* para tal uso. Como puede suponerse, la cuestión carece de una respuesta específica en nuestro ordenamiento. Una primera vía de solución podría encontrarse en la aplicación de lo dispuesto en la *Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*<sup>595</sup>, que atribuye al titular de los derechos protegidos por la norma la facultad de revocar *ad nutum* la autorización otorgada para su utilización por terceros (art. 2.3). La aplicación de esta ley al nombre llevaría a afirmar que el derecho a revocar -previa indemnización- constituye un derecho irrenunciable del titular lo que impediría su supresión a través de un pacto societario<sup>596</sup>.

---

<sup>594</sup>En este sentido refiriéndose al consentimiento para la utilización del nombre en la denominación social COSTI, *Il nome*, p. 253; FERRARA *Gli imprenditori*, 1.994, p. 349; FERRI, *Le società*, 1.989, pp. 259-260. En general sobre lo que debe interpretarse por el término "*ausdrücklich*" en relación al consentimiento vid. WÜRDINGER, en *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2ª ed., I. Berlin, 1.953, § 24, p.291; HÜFFER, *Grosskommentar*, 1.983, § 24, 12, p. 450; CANARIS, *Handelsrecht*, p. 164.

<sup>595</sup>L.O. 1/1982 de 5 de mayo (BOE de 14 de mayo).

<sup>596</sup>Así lo entiende FERNANDEZ-NOVOA, *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1.984, pp.134 ss, quien, a la vista del tenor literal del 2.3 de la citada Ley, afirma la facultad de revocación *ad nutum* del titular que hubiese prestado su consentimiento para registrar el nombre como marca -lo que debe entenderse también aplicable al caso del nombre comercial-. No obstante el autor matiza posteriormente su postura. En este sentido v. nt. siguiente.

Varios han sido los caminos para desactivar el perturbador alcance del 2.3 de la Ley<sup>597</sup>. A nuestro juicio la cuestión es más sencilla de lo que aparenta: la ley orgánica de protección del honor no es aplicable al nombre ni directa ni analógicamente<sup>598</sup>.

a) En lo que hace a su aplicación directa, debe recordarse que la Ley Orgánica es desarrollo del artículo 18.1. de la Constitución, y por tanto, los derechos sancionados y protegidos son *exclusivamente* los en ella mencionados -esto es, el derecho a la intimidad en su doble vertiente personal y familiar, derecho al honor y derecho a la propia imagen-<sup>599</sup>. El derecho al nombre escapa pues, al ámbito de protección de la ley. Podría replicarse, no obstante, que el artículo 7.6 de la Ley menciona expresamente el nombre, lo que permitiría extender a éste la regulación legal. Sin embargo, la objeción no es aceptable. El precepto únicamente está contemplando el caso en que la falta de autorización para el empleo del nombre pueda afectar a la imagen de su titular<sup>600</sup>, es decir, no estamos ante una norma reguladora del nombre, sino

---

<sup>597</sup> Así, FERNANDEZ NOVOA entiende que *de lege ferenda* debería ser exigida una justa causa para la revocación del consentimiento, pues de una interpretación literal de la norma resultaría que el *status jurídico* de los signos distintivos sería sumamente precario. FERNANDEZ NOVOA, *Fundamentos*, p.135 y nt.42. Por su parte M<sup>a</sup>. DE LA VALGOMA, entiende que la revocabilidad del consentimiento que establece el art. 2.3 de esta ley, además de ser expresa debe tenderse a que sea restrictiva, llegando a concluir que cuando el perjuicio ocasionado con la revocación sea mayor que el daño que pueda sufrir el interesado, la posibilidad de revocación debería ponerse en duda. M<sup>a</sup>. DE LA VALGOMA, "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil der derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de derechos humanos*, 1.983, n.2, p.664; CLAVERIA, sostiene que la revocación contemplada por el precepto sólo es de aplicación a las autorizaciones unilaterales; no en cambio a las contractuales toda vez que este supuesto implicaría en principio una renuncia a la facultad. Vid., CLAVERIA, "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo", ADC, 1.983, pp. 1243 ss, 1252-1253.

<sup>598</sup> En igual sentido, PARICIO SERRANO, "El nombre comercial del empresario individual", ADI, 1.987-1988-.n.12, pp. 108-11; PAZ-ARES, "La Reforma", *Estudios Vallet*, p.492.

<sup>599</sup> Derechos que la doctrina encuadra dentro de la categoría del derecho a la *integridad moral*. Vid. referencias en este sentido en PARICIO SERRANO, "El nombre comercial del empresario individual", ADI, 1.987-1988-.n.12, pp. 108-11.

<sup>600</sup> Conceptualmente derecho al nombre y derecho a la imagen son cosas bien distintas. Vid. al respecto, LACRUZ-BERDEJO, *Elementos*, I, 2ªed., Madrid, 1990, p.82. En el mismo sentido STS 21-1-88 (Ar.131).

ante una norma protectora del derecho a la propia imagen cuando la misma puede verse afectada por la utilización del nombre de una persona.

b) La aplicación analógica debe igualmente decaer. La protección legal al honor, a la intimidad y a la imagen, (y la posibilidad del titular de revocar *ad nutum* su autorización) se funda en que estos derechos están estrechamente ligados a la dignidad de la persona (art.10 CE). En efecto, estos tres derechos tienen en común "el que afectan a lo más íntimo de la persona (...), así como al íntimo valor moral del ser humano: el sentimiento y conciencia de su propia dignidad"<sup>601</sup>.

Muy distinto es el contenido del derecho al nombre, el cual se caracteriza por "identificar frente a los demás a la persona y por definir el perfil humano de ésta en su vertiente social"<sup>602</sup>. Además, como ya hemos señalado en estas páginas, en derecho de sociedades, la aportación de un nombre a una sociedad se circunscribe realmente, a la aportación del crédito o reputación del aportante en el sector del tráfico donde desarrolla su actividad. No se vé por qué razón habría de extenderse una regla especial, fundada en la necesidad de limitar las posibilidades de vinculación de un sujeto en materias que afectan a su propia dignidad, a la cesión con carácter definitivo de un derecho que, como el nombre, tiene en estos casos un valor fundamentalmente patrimonial.

Por lo tanto, la aplicación de la ley citada debe reservarse únicamente para los casos excepcionales en que el uso del nombre por la sociedad lesione

---

<sup>601</sup> Así, PARICIO SERRANO, "El nombre comercial del empresario individual", ADI, 1.987-1988-.n.12, p.108. La consecuencia de esta afectación a la dignidad no se deja esperar: impide obligar al afectado a cumplir *in natura* el contrato de cesión V., ampliamente, J. ALFARO, "Autonomía privada y Derechos Fundamentales", ADC 1993, T.XLVI, pp. 57-122.

<sup>602</sup> Así, PARICIO SERRANO, "El nombre comercial del empresario individual", ADI, 1.987-1988-.n.12, p.108. En general sobre el derecho al nombre. vid. DE CASTRO, *Temas*, p.25.

el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del autorizante<sup>603</sup>, rechazando, en cualquier otro supuesto la posibilidad de que el socio que ha prestado su consentimiento expreso a la utilización de su nombre pueda revocarlo<sup>604</sup>. En caso contrario el sentido y la finalidad de la Ley se pervertirían.

La calificación de la relación que hemos dicho media entre el derecho al nombre del autorizante y el derecho al nombre ajeno del autorizado como semejante a la que existe entre la nuda propiedad y el derecho real limitado que lo grava encaja perfectamente en este planteamiento. El profesional autorizante no puede revocar su consentimiento del mismo modo que el propietario no puede revocar unilateralmente el derecho de usufructo que ha constituido en favor de otra persona<sup>605</sup>. La sociedad adquiere como decimos un *derecho real limitado al uso* de ese nombre para el ejercicio de su actividad que no puede perturbarse por el profesional que ha prestado su consentimiento. De lo contrario no sería posible asegurar un mínima estabilidad a la sociedad en el desarrollo o explotación de su actividad.

---

<sup>603</sup> Así se expresaba DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1.978, p.31. Posteriormente en el mismo sentido, PARICIO SERRANO, "El nombre comercial del empresario individual", ADI, 1.987-1988-  
n.12, p. 108; PAZ-ARES, "La Reforma", *Estudios Vallet*, p.492. No es ésta la solución que entiende la doctrina comparada de ordenamientos cercanos al nuestro. Así por ejemplo en Italia, COSTI entiende que: (...) *à indubbio che, una volta intervenuto tale consenso, il socio non possa più pretendere che il proprio nome venga cancellato dalla ragione sociale, ritenendosi pregiudicato alla stregua dell'art. 7 C.C (tutela del derecho al nombre): COSTI, Il nome, p. 56*. Por su parte CANARIS, afirma que en la caso "*dem Namen Schande macht*", lo único que puede hacer el titular es *prohibir* al autorizado la utilización de su nombre en tanto lo difame (*Untersagungsrecht des Veräusseres*). El titular del nombre no tiene sin embargo (al contrario que sucede con los derechos de autor) un derecho de revocación (*Rückrufsrecht*). En la medida que el único derecho que se le concede al titular es un derecho de prohibición en tanto su nombre sea difamado, la persona (física o jurídica) autorizada a utilizar el mismo, podrá de nuevo volver a utilizar ese nombre cuando "*er ihr keine "Schande" mehr macht*": CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 161-162.

<sup>604</sup> En este sentido debe afirmarse que no sólo no debe permitirse al profesional revocar a través de una decisión posterior, una decisión expresa ya adoptada en el sentido indicado, sino que tampoco los herederos "cuyo" nombre (lo ponemos entre comillas porque el nombre [apellido] es también suyo pero lo concedió su causante) conste en la razón social, pueden decidir acerca de la continuación o no del mismo. La razón, en este segundo supuesto es que, en otro caso, la inseguridad sobre la autorización para la continuación del nombre podría perpetuarse durante generaciones. En este sentido v. CANARIS, *Handelsrecht*, p. 164.

<sup>605</sup> Así, CANARIS, *Handelsrecht*, pp. 160-161.



### 3. Aportabilidad del nombre a título único.

1. Que la utilización de un determinado nombre puede resultar de enorme utilidad para la sociedad no ofrece duda alguna<sup>606</sup>. De ahí que no suponga problema alguno admitir que, en los casos que así se pacte, el profesional de reconocido prestigio que preste sus servicios en la sociedad reciba "una participación superior al valor proporcional de su aportación efectiva", como contraprestación a las ventajas que su nombre otorga al crédito de la sociedad<sup>607</sup>.

2. Lo que no resulta pacífico es la *aptitud del nombre para ser objeto de aportación a título único* en una sociedad personalista<sup>608</sup>. No puede negarse que es éste un caso poco frecuente, dado que una vez consentido el uso social del nombre, el profesional no podrá utilizar el mismo, ni atribuírselo a otra sociedad, para realizar una actividad que pueda resultar concurrente con la propia de la sociedad<sup>609</sup>. No obstante, cabe imaginar

---

<sup>606</sup>Debe afirmarse no obstante que no todos los nombres resultan útiles socialmente. Únicamente serán rentables económicamente a la sociedad aquellos nombres cuya aportación signifiquen un aumento del crédito social por facilitar o ayudar a mejorar el desarrollo y la consecución del objeto social. De lo dicho se deduce que la utilidad del nombre para la sociedad no se presume, siendo relativamente raros los casos en los que el nombre pueda constituir un bien en sentido económico. Así, GASPERONI, *La trasformazione della società*, Milano, 1.952, p.83, nt.49. Desde esta perspectiva tal y como ha afirmado un autor "sólo puede aportar su crédito quien lo tiene". Vid. SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958, pp. 25, 31; G.FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Milano, 1.984, p.102.

<sup>607</sup>Así CAPILLA, *Com.Edersa*, p.223; VERGEZ, *Socio industrial*, p.37.

<sup>608</sup>El tema no se plantea en las sociedades de capital, dada la estricta conformación de su capital social.

<sup>609</sup>La atribución del derecho al nombre determina como vemos, una limitación del uso del mismo nombre y por tanto al igual que el resto de las aportaciones sociales, un sacrificio patrimonial por parte del socio aportante. En el fondo la aportación del nombre se constituye como una obligación de no competencia por parte del socio que lo aporta en el sentido indicado más arriba (*supra* § 22.1). Vid., GRECO, "Apporto in società del nome commerciale e di beni immateriali in genere", *Riv.dir.comm.*, 1.949,II,p.346; SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958,I, pp.24.

supuestos en los que la aportación del nombre a título único es una posibilidad útil para una sociedad profesional. Por ejemplo, el caso en el que un profesional consagrado, que hasta el momento haya ejercido individualmente la profesión, decida aportar su nombre a una sociedad pero sin pretensión de ejercitar personalmente la profesión, o bien como segundo supuesto el de un profesional socio que deja de ejercer personalmente pero desea continuar como socio manteniendo como única aportación a la sociedad la cesión del uso de su nombre. Las causas por las que en uno y otro caso, el profesional puede dejar de ejercer personalmente pueden ser muy variadas. Así, la aportación de nombre como único título puede ser útil en casos de enfermedad, jubilación, dedicación a otro tipo de actividad que sea incompatible con el ejercicio de la profesión, etc. La aportación del nombre, en cualquiera de los dos casos, permite asimismo aumentar el crédito de la sociedad y a la vez procurar al profesional un beneficio en compensación por esta aportación.

3. La doctrina mayoritaria entiende que la utilidad económica que representan determinados nombres no es suficiente para afirmar que en las sociedades de personas, la sola aportación del mismo pueda conferir a su titular la condición de socio. Dos son los principales argumentos utilizados a tal efecto.

a) El primero de ellos se funda en la *imposibilidad jurídica de que el nombre pueda configurarse como una aportación*. El razonamiento sobre el que descansa esta afirmación puede sintetizarse como sigue: en el supuesto normal de la aportación de un socio, éste adquiere la cualidad de tal porque se compromete a poner a disposición de la sociedad sus bienes o su trabajo, y responde ilimitadamente frente a terceros de las deudas sociales. De esto se

deduce fácilmente que mientras la aportación realizada es *presupuesto* para adquirir la condición de socio, la responsabilidad ilimitada por las deudas sociales es una *consecuencia* de la asunción de la condición de socio que se extiende a todos ellos. Pues bien, en el caso de la aportación del nombre, lo que sucede -argumentan- es que una persona entra a formar parte de la sociedad sencillamente porque el hecho de responder ilimitadamente en cuanto socio de las deudas sociales acrecienta de una manera considerable el crédito de aquella; en definitiva lo que el socio aportaría no sería otra cosa que "el ser socio", y por tanto no aportaría ni bienes ni industria, aunque de su entrada en la sociedad se siga para ésta un beneficio económico. La conclusión para esta corriente doctrinal es clara: difícilmente puede considerarse presupuesto, lo que en puridad es una consecuencia<sup>610</sup>.

A nuestro juicio, esta postura no puede mantenerse<sup>611</sup>. Como ya hemos puesto de manifiesto a propósito de la abstención de competencia (v. *supra* §22,I), la *verdadera causa* de cualquier contrato de sociedad *depende de la utilidad económica que realmente se convierta en motivo de interés social para atribuir a su titular la condición de socio*<sup>612</sup>. Son las partes las que están

---

<sup>610</sup>En este sentido BERGAMO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.951, p.195; VERGEZ, *Socio industrial*, Madrid, 1.972, pp.35-36; M.GHIDINI, *Società personali*, pp.139-141; BOLAFFI, *La società semplice. Contributi akka teoria delle società di persone*, Milano, 1975, pp.262-265; CAPILLA, *Com. Edersa*, XXI-1, p.222.

<sup>611</sup>En el sentido que indicamos seguidamente en el texto v. también, COSTI, *Il nome*, p. 58; SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958, pp.25 ss; GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 224. Cosa distinta, tal y como afirma este autor, es que externamente se consienta en la utilización del nombre e internamente no se desee ni se convenga ser socio. Pero parece justo -como afirma este autor- que deba estarse al tratamiento de la apariencia como realidad. En todo caso se ha de dar por querida la asunción de responsabilidad externa.

<sup>612</sup>También en este sentido GARRIGUES, "Teoría general de las sociedades mercantiles" RDM, 1.974, p.224, afirma que el punto para decidir si el nombre puede o no ser objeto de aportación reside en su consideración positiva o negativa como bien en sentido económico. Si esta cuestión es resuelta afirmativamente, afirma, la aportación será lícita en nuestro Derecho. En esta línea el autor entiende que no cabe duda de que lo será en el caso del nombre comercial, ya que este nombre por virtud de un proceso de objetivación constituye una valor patrimonial susceptible de aportación. Dicho esto el autor no se atreve a decir lo mismo del nombre civil de las persona como objeto de aportación social.

mejor situadas para determinar sus propios intereses y si los socios han aceptado a cierta persona como socio al solo efecto de poder utilizar su nombre, no hay obstáculo en admitir como objeto de aportación el nombre de la misma<sup>613</sup>. En este sentido debe afirmarse que, aun cuando en la generalidad de los casos, el aumento de crédito o las ventajas económicas que se derivan para la sociedad, son normalmente un efecto o consecuencia de la condición de socio, nada debe impedir, si así lo acuerdan las partes en virtud del principio de libertad contractual que, lo que en principio constituye un efecto, devenga precisamente, en causa del contrato, en razón de la participación del socio en la sociedad<sup>614</sup>.

b) El otro argumento contra la aptitud del nombre como objeto de aportación hace referencia al posible conflicto que la sola aportación del nombre puede presentar frente a la protección y tutela los terceros que contratan con la sociedad<sup>615</sup>.

La fuerza de este argumento es más aparente que real. En efecto, en el *ámbito económico* no existe conflicto alguno. La aportación del nombre no origina ninguna desprotección frente a los terceros, toda vez la condición de socio adquirida en virtud de la misma, conlleva la asunción de responsabilidad ilimitada por las deudas sociales<sup>616</sup>.

---

<sup>613</sup>En este sentido DI SABATO, *Capitale e responsabilità interna nelle società di persone*, Napoli, 1.967, pp.61 y 72; F.FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 9ªed., 1.994, pp. 270-271.

<sup>614</sup>Tal y como dijimos, en la aportación del nombre, como en toda aportación, puede afirmarse que, en correspondencia al incremento del patrimonio social que se produce por el mismo, se determina a su vez una disminución del patrimonio del socio aportante ante la imposibilidad de poder utilizar el mismo para actividades concurrentes. En este sentido v. SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958, p.27; G.FORNASIERO, *Organizzazione e intuitus nelle società*, Milano, 1.984, p.103.

<sup>615</sup>Para referencias en este sentido vid. SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958, pp. 28-29.

<sup>616</sup>En este sentido SIMONETTO, "L'apporto nel contratto di società", *Riv.dir.civ.*, 1.958, pp. 28-29; GIRON, *Derecho de sociedades*, pp.223-224; LACRUZ, *Elementos*, II-3, Barcelona, 1986, pp.395, 407, 410. Cosa distinta es que externamente se consienta la utilización del nombre e internamente no se desee ni se

Más espinoso resulta sin embargo, lo que se ha considerado como una desprotección del interés de los terceros por la utilización de un nombre al que no le acompaña una efectiva participación en la actividad social. Desprotección que se materializa en la "falsa representación que el cliente se hace de los profesionales que ejercen en sociedad"<sup>617</sup>. Nuevamente, el argumento se basa en la confusión de la distinta función que cumple el nombre de una persona como identificador de una persona física y su función como "colector" de reputación o crédito profesional. Si cómo hemos visto, el nombre se utiliza para distinguir la actividad de la sociedad profesional, parece obvio que su viabilidad debe juzgarse a partir del del derecho de los signos distintivos, y más en concreto del nombre comercial. Lo que –en virtud de la ruptura del principio de veracidad- nos lleva a afirmar sin problemas la utilización como nombre comercial de una sociedad, del nombre de una persona que no preste sus servicios en ella. Es cierto en cualquier caso que la utilización de determinados nombres puede según las circunstancias resultar engañoso, y precisamente por ello resultar inviables. Pero, no cabe deducir tal cosa de modo necesario. La cuestión depende de las expectativas que pueda hacerse razonablemente, el potencial cliente. Si nadie espera razonablemente que los nombres utilizados por la sociedad se correspondan con socios que ejerzan su actividad en la misma no hay razón alguna para considerar engañosa la utilización de dichos nombres por las sociedades profesionales correspondientes<sup>618</sup>.

---

convenga ser socio. Pero parece justo que deba estarse al tratamiento de la apariencia como realidad. En todo caso se ha de dar por querida la responsabilidad externa. Así, GIRON, *Derecho de sociedades*, p. 224.

<sup>617</sup> Así, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p. 182.

<sup>618</sup> Así por ejemplo nadie puede pensar razonablemente que los Sres. Price & Waterhouse sean socios de la firma de auditoría del mismo nombre ni que el Sr. Andersen sea socio del despacho de abogados Andersen & Garrigues.

### III. APORTACION DE CLIENTELA.

1. Bajo el término "aportación de clientela" queremos hacer referencia a que los clientes tradicionalmente vinculados a un profesional que ejercita individualmente su profesión pasan a engrosar por iniciativa de éste, la clientela de la sociedad. La importancia patrimonial de tal "aportación" está fuera de toda duda, sobre todo, si tenemos en cuenta que, a menudo constituye el principal valor de las empresas que actúan en el sector servicios. No obstante, su aptitud para poder ser objeto de negocios jurídicos, y en concreto la posibilidad de configurarse como objeto de aportación a una sociedad, ha venido siendo tradicionalmente puesta en entredicho.

Hay dos argumentos en contra de la posibilidad de transmitir la clientela, ambos -debemos adelantarlos ya- de escasa consistencia: el primero se basa en la especial relación de confianza entre cliente y profesional (*infra* 2); el segundo hace referencia a la especial naturaleza de la clientela como una relación de hecho (*infra* 3 ss).

2. En primer lugar, la imposibilidad de cesión o transmisión de la clientela de los profesionales se ha hecho descansar en un argumento que -como ya hemos visto en otro lugar- resulta hoy ampliamente superado. Nos referimos a la *particular naturaleza del vínculo fiduciario que liga al cliente con el profesional*. La confianza depositada en el profesional, sobre la que reposa la relación personal entre el profesional y el cliente, es la que, en

efecto, ha servido como argumento para considerar ilícita e imposible la consideración de la clientela como un bien transferible<sup>619</sup>.

Como ya advertimos en su momento, esta objeción no puede mantenerse en la actualidad<sup>620</sup>. El solo reconocimiento de las sociedades profesionales evidencia una superación de tal argumento. En efecto, en numerosas ocasiones la confianza, más que en un profesional individual, se reconduce hacia grupos de profesionales estructurados bajo formas societarias

---

<sup>619</sup>En esta línea es muy ilustrativa la sentencia del Tribunal civil de Clamecy de 29 de noviembre de 1949 (en *Gaz.Pal.*, 1.950.1.105, y en *JCP.* 1.950 C.I. fasc.5376), a afirmar que: "*Attendu qu'il est de jurisprudence unanime et constante que la clientèle d'un membre d'une profession libérale est une chose hors commerce, qu'elle n'est en conséquence ni transmissible par décès, ni cessible entre vifs par vente, location ou autrement, que la confiance est l'élément primordial déterminant le libre choix de ceux qui veulent recourir aux services des représentants des professions libérales, que cette confiance repose principalement sur les qualités professionnelles, intellectuelles et morales de ces praticiens dont l'activité elle-même n'a pour objet que des services intellectuels, artistiques ou moraux, que ces qualités et ces clientèles sont essentiellement liées à la personne et disparaissent avec elle, qu'elles ne sauraient donc ni se retrouver dans le patrimoine du défunt qui les possédait, ni faire l'objet d'une cession à titre onéreux; Attendu en conséquence que les cessions à titre onéreux des professions libérales telles celles du médecin, dentiste, architecte, maître agréé, ont toujours été suivies d'une jurisprudence constante déclarées absolument nulles comme manquant d'objet et de cause*". Más recientemente en esta línea. La Cour de Cassation en la sentencia de 7 de febrero de 1990 afirma que "... leur *"clientèle"* (referida a la de los médicos y dentistas) *attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention...*" Estas y otras sentencias en la misma línea son citadas y comentadas por M.CHANIOT WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, París, 1.994, pp. 21 ss.

<sup>620</sup>En efecto, la argumentación aducida aparece hoy claramente superada. Vid. al respecto, P.JULIEN, "Les clientèles civiles". Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité", en *Rev.Tr.Droit Civ.*, 1.963, p.213 ss; R.BERAUD, "L'évaluation des clientèles civiles", *Annales des Loyers*, 1.980, n.5, pp. 582 ss; J.P.ESPINOSA "La *"transmission"* de clientèle", en *Gaz.Pal.*, 1.993, 2020; SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, pp.57 ss, realiza un estudio acerca de la evolución de la doctrina francesa sobre esta cuestión, donde se refleja que ni siquiera las consideración fiduciaria que se alegaba como razón de la imposibilidad de cesión de la clientela se aplicó con la misma rigidez a todas las profesiones, presentándose siempre de forma más atenuada para los *experts comptables*, *comptables agréés*, y arquitectos, y con mayores indicios problemáticos en el sector de las tradicionales profesiones liberales. En el mismo sentido, LAMBOLEY, *La société civiles professionnelle*, pp. 187 ss; M.CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, pp. 65 confirman que determinadas profesiones liberales están más marcadas por el *intuitus personae* que otras. No en todas las profesiones liberales como vemos, ni aún dentro de una misma profesión, la confianza del cliente aparece ligada inherentemente a la persona del profesional. En ocasiones, -como se indica seguidamente en el texto- la confianza prestada se reconduce, más que a la concreta personalidad de un profesional, a la estructura organizativa que sirve a su ejercicio profesional. Habrá pues que atender a la consideración objetiva o subjetiva de la confianza -afirman- para reconocer o no desde esta perspectiva, la posibilidad de la cesión de la clientela, no pudiéndose utilizar este concepto como término general para negar en todo caso esta posibilidad. Sobre esta cuestión vid. ampliamente el estudio realizado en *supra* § 6.I, a propósito del análisis del elemento personal en la prestación de los servicios profesionales, y la bibliografía allí citada.

con independencia de las concretas modificaciones que experimente la composición subjetiva de las mismas.

3. Un argumento que se pretende algo más sólido es aquél que *niega la aportabilidad de la clientela sobre su especial naturaleza*. Se afirma que la clientela no puede ser objeto de apropiación, de donde se deduce que no es cedible, y, por ende tampoco es aportable. En efecto, si la clientela por su especial naturaleza, no resulta susceptible de verdadera apropiación, mal podría aportarse algo cuya propiedad no se ostenta<sup>621</sup>. Como puede suponerse, la base de este tipo de razonamiento se encuentra en la libertad de todo cliente de retirar en cualquier momento su confianza tanto al sucesor de la cesión, como al predecesor; libertad de elección que consecuentemente priva de toda realidad el objeto de la pretendida cesión<sup>622</sup>. Esto es, la clientela "por no ser

---

<sup>621</sup> En este sentido, la sentencia francesa de la *Cour de cassation* de 1.990 (citada y comentada por M.CHANOT-WALINE, *La transmission des clientèle civiles*, Paris, 1.994, pp. 90-91), afirma que la *inaccessibilité des clientèle civiles*, no es por ilicitud del objeto, sino por su ausencia. Los contratos de cesión de clientela -se aduce- no son realmente anulados -como afirman otras sentencias, de las que da cuenta a través de referencias- porque realmente sean ilícitos, inmorales, contrarios al orden público, por el principio de indisponibilidad de las personas, de la dignidad de las profesiones liberales tradicionalmente no mercantiles, o por el principio de libre elección de clientes, *sino simplemente porque la venta de tal valor es imposible*. En nuestra doctrina niegan que la clientela (si bien se refieren a la clientela comercial) sea susceptible de apropiación o "dominación jurídica", GARRIGUES, *Curso*, Madrid, 1.976, p.193; del mismo autor *Tratado*, III, 1º, p.400, donde aludiendo al contrato de venta de empresa, defiende al "imposibilidad jurídica de una transmisión de la clientela". Postura que es sustancialmente compartida por SUAREZ-LLANOS, "Prohibiciones de concurrencia", en *Estudio Homenaje a J.Garrigues*, I, Madrid, 1.971, pp. 413 ss, en pag. 420-421 ("de ningún empresario puede decirse que goce de un derecho sobre su clientela"); en la misma línea recientemente MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1.995, pp. 96-98. En la doctrina italiana ASCARELLI, *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milano, 1955, p.237 y *Teoria della concorrenza. Concorrenza e dei beni immateriale. Istituzioni di diritto industriale*, Milano, 1.960, pp. 74, 189, 191.

<sup>622</sup> Así, M.ZENATTI, "Clientèles", en *Rev.Tr.droit civ.*, 1.991, p.560, quien comenta la sentencia de la *Cour de cassation* citada en la nt. . "Il ne s'agit plus de maintenir une prohibition surannée, mais de constater de manière neutre l'impuissance des parties à faire de la clientèle civile une entité patrimoniale sujette à transaction". En el mismo sentido La *Cour de Cassation* en su sentencia de 31 de mayo de 1.988 (en *Gaz.Pal.*, 1.988.2, p.645 con nota de FLECHEUX) ha anulado las disposiciones de los estatutos de una sociedad civil profesional constituida entre abogados, estimando que las mismas (referidas a la baja de un socio en la sociedad) tienen pro objeto la determinación del "prix de clientèle" deduciendo "que les dispositions litigieuses conférant une valeur patrimoniale à une clientèle déterminée insusceptible de faire l'objet d'opérations juridiques sont illicites et leur nullité doit être prononcée".



una cosa, no es susceptible de entrega y por no ser un derecho no es susceptible de cesión"<sup>623</sup>.

4. A nuestro juicio sin embargo, la posibilidad jurídica de transmitir la clientela, y por ende la posibilidad de su aportación a la sociedad, no debe ofrecer duda alguna.

Naturalmente ello no representa problema alguno en ordenamientos como el francés, donde el legislador ha reconocido expresamente, tanto en la regulación del 66 relativa a las sociedades civiles profesionales, como más recientemente en la regulación de las *societes d'exercice liberal* de 1990, la consideración de la clientela de los profesionales -denominada "clientela civil" para diferenciarla de la clientela comercial-<sup>624</sup>, como un bien autónomo susceptible de aportación<sup>625</sup>. Pero tampoco en aquellos ordenamientos, como en el nuestro, donde no existe este reconocimiento legislativo expreso, la aportación de clientela debe ofrecer problema alguno.

5. El error de la doctrina que niega la posibilidad de transmitir la clientela radica, a nuestro juicio, en confundir lo que constituye el objeto de la

---

<sup>623</sup>GARRIGUES, *Tratado*, III, 1º, 1.964, p.400.

<sup>624</sup>. Vid., por todos, CHANIOT-WALINE, *Transmission des clientèles civiles*.

<sup>625</sup>En efecto, el legislador francés reconoce expresamente la validez de la aportación de la clientela. Esta posibilidad está recogida en el propio texto de la ley del 66 en su artículo 10.II, modificado por el art. 6 de la ley de 23 de diciembre de 1972 al decir que: "*la répartition des parts sociales est mentionnée dans les statuts. Elle tient compte des apports en numéraire et selon l'évaluation qui en est des apports des droits incorporels*". La misma disposición es establecida (por remisión) en el art. 30 de la ley de 90, estableciéndose en el art. 20 una fiscalidad específica para este tipo de aportaciones. Esta disposición general ha sido explicitada en los diferentes decretos de aplicación en los cuales se ha detallado los derechos corporales e incorporales que pueden ser objeto de aportación mencionándose entre las mismas "*le droit de présenter la société comme successeur à sa clientèle*". Sobre el sentido de esta cláusula vid. lo que se dirá en nt 637. En Bélgica, en el ámbito de la abogacía, la cesión y aportación de la clientela se considera en principio, libre. En algunas ciudades los propios códigos deontológicos permiten expresamente esta cesión. Para referencias sobre la cuestión vid. J.L.FAGNART, "*L'exercice en société de la profession d'avocat. Questions de responsabilité professionnelle*", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp. 33-35.

aportación. Cuando se habla de aportación de la clientela lo que quiere significarse es la obligación asumida por el profesional aportante de procurar que la clientela a la que hasta ahora ha venido prestando sus servicios de modo particular, pase en adelante a constituirse como clientela de la sociedad profesional. En este sentido bien puede afirmarse que la aportación de clientela se reduce a una *obligación de medios* del profesional, en la que como tal, el profesional no puede en ningún caso garantizar la transmisión efectiva de la misma, por estar en todo momento presente la libertad de elección de los clientes para aceptar o rechazar al nuevo sucesor. En efecto, en cuanto relación de hecho que es, su *efectivo disfrute por la sociedad no es susceptible de garantizarse*; tan sólo cabe realizar una serie de medidas, tendentes a que, verosíblemente, se produzca el resultado apetecido, esto es, la consolidación y disfrute de la clientela "cedida" a la sociedad<sup>626</sup>.

6. Así las cosas, los problemas relativos a la cesión o aportación de clientela se reducen a examinar las medidas u obligaciones que el profesional aportante tiene que realizar como medio normal de permitir el acceso y disfrute de la clientela a la sociedad adquirente: (a) En su *vertiente externa*, el profesional debe procurar introducir a la clientela en la sociedad; (b) en su *vertiente interna* el profesional debe abstenerse de competir con esta última<sup>627</sup>.

---

<sup>626</sup>En este sentido F. MARTINEZ SANZ, *Indemnización por clientela*, p.175, si bien este autor se refiere a la clientela aportada por el agente.

<sup>627</sup>Sobre estas mismas dos obligaciones, como medio normal de permitir el acceso y disfrute de la clientela por parte del empresario adquirente en la transmisión de empresa vid. BROSETA PONT, "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", RDM, 1.968, n.107, pp.73 ss; J.I.FONT GALAN, "La empresa como objeto de negocios jurídicos" (Lección), en G.J.JIMENEZ SANCHEZ (coord.) *Derecho Mercantil*, 4ªed., Barcelona 1.997, pp.70 ss. 80. Lógicamente junto a estas dos obligaciones fundamentales, otras obligaciones accesorias pueden ser naturalmente pactadas en orden a la efectiva transmisión de la clientela. Así, en el caso de la *clientela civil*, comunicación a la sociedad de los secretos y experiencia profesional, cesión de todo o parte del material profesional, ficheros o dossiers, número de teléfono, la cesión de los contratos concluidos con el personal, etc. Para un estudio sobre el contenido de las mismas vid. CHANIOT-

a) La libertad de elección de la clientela, hace que su aportación no pueda realizarse -como la generalidad de los bienes o derechos- a través de la transmisión de la posesión -la cual ciertamente no se posee-<sup>628</sup>, sino *mediante lo que puede denominarse introducción de la clientela a la sociedad*<sup>629</sup>. Esta obligación se concreta fundamentalmente en la entrega de la lista de clientes a la sociedad, y en el envío de prospectos, cartas o circulares a la clientela a fin

---

WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, pp. 60-62. Esta reducción en la problemática de la transmisión de clientela es igualmente apreciada por SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, pp. 183 ss; J.P. ESPINOSA, "La "transmission" de clientèle", *Gaz.Pal.*, nov. I.993, 2020.

<sup>628</sup>Ello ha provocado que la doctrina hable de una *patrimonialidad limitada de la clientela* frente al resto de objetos o derechos susceptibles de aportación. Patrimonialidad limitada que se deriva fundamentalmente como decimos del derecho de libre elección de la misma. Sobre la razón de esta consideración de la clientela *une patrimonialité toujours limitée*, pero en todo caso *une patrimonialité certaine* vid. SCHIANO DI PEPE, *Le società di professionisti*, pp. 183 ss; CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, pp. 74 ss. Parece menos formal señalar que la cesión de un bien inmaterial -refiriéndose en concreto a la empresa en sentido objetivo- se realiza mediante actos de comunicación (*instrucción* sobre organización de empresa, e *introducción* de los clientes, proveedores, dadores de crédito), y no a través de la transmisión de la posesión. Vid. FERNANDEZ NOVOA, "Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", en RDM, I.968, n.95.

<sup>629</sup> Es el llamado "*apport du droit de présentation d'une clientèle civile*" en el Derecho francés. La razón de esta denominación tiene un origen en tiempos anteriores a la ley del 66 de sociedades civiles profesionales, donde antes de la discusión a cerca de la aportación de la clientela a la sociedad, ya se discutía sobre la transmisibilidad de la clientela y su patrimonialidad. Pues bien, previo al reconocimiento legislativo del 66 de la patrimonialidad autónoma de la clientela como objeto autónomo de aportación, se decidió por doctrina y jurisprudencia un *sistema de construcción distinto para el negocio de la clientela*, entre profesionales que ejercían individualmente la profesión, el cual además de conseguir el resultado pretendido no resultaba contrario al ordenamiento jurídico establecido. El contrato mediado entre el cedente y cesionario fue descompuesto en sus singulares componentes, y así se individualizó, a) de un lado la cesión del local (el *cabinet* en sentido estricto), con los medios materiales utilizados para el ejercicio de la actividad, constituyéndose así en una *obligación de resultado*, por la cual si estos no eran cedidos una vez estipulado el contrato, el profesional debía responder contractualmente según el derecho común, y b) de otro una paralela obligación del cedente de *présenter la clientèle a sa successeur*, constituyendo ésta, una *obligación de medios* consistente en dar todos los pasos útiles para la consecución de la transmisión de la clientela. (El profesional así mismo se comprometía a no desarrollar una actividad concurrente absteniéndose de desviar para su propio beneficio la clientela que había cedido). Coherentemente con esta reconstrucción, y tras las leyes societarias profesionales mencionadas, los decretos de aplicación para las distintas profesiones no hablan de cesiones o de aportación de clientela, sino que utilizan la expresión general de "*présenter la société comme successeur à sa clientèle*" (Art.14 a) R.A.P. "avocats"; los decretos de aplicación relativos a otras profesiones liberales han adoptado disposiciones similares: así el art. 13 a) R.A.P. "notaires"; art.12 R.A.P. para las sociétés civiles de médecins, etc. Explicando estos orígenes y coherentemente con los mismos, la adopción de este tipo de expresión en las actuales regulaciones profesionales, vid. en doctrina, Bardoul, "Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", en *Rev.Soc.*, 1973, p.417 y ss; Lamboley, *Le société civile professionnelle*, p.183-196; en la doctrina italiana haciendo una amplia referencia a esta cuestión, Schiano di Pepe, *Le società di professionisti*, pp. 55 ss, 183 ss.

de informar sobre la "cesión" e invitar a la confianza en relación con la sociedad adquirente<sup>630</sup>.

b) Junto a ello es necesario además que el profesional se comprometa no tener más relación con su antigua clientela a título individual, sino exclusivamente como miembro de la sociedad de la que ha entrado a formar parte<sup>631</sup>. En otros términos, la *aportación de la clientela entraña implícitamente para el profesional cedente una prohibición de concurrencia con la sociedad cesionaria*. En efecto, *inter partes* la sociedad se convierte en la "titular" de la clientela al haberla recibido como aportación, encargándose a partir de entonces de la gestión de la misma. El profesional que ha pactado con la sociedad su aportación pierde a título individual sus "derechos" sobre la clientela. Naturalmente no nos referimos en ningún caso, esto es, a que antes el profesional o a que ahora la sociedad, tengan un "derecho real" sobre la clientela. La libre elección de la clientela impide como venimos diciendo hablar de un derecho real sobre la misma. Tan solo queremos decir que por el pacto de aportación de la clientela, el profesional además de introducirla en la sociedad (*obligacion de hacer*), debe comprometerse a través de su abstención de competencia (*obligacion de no hacer*), a procurar que la clientela se dirija ahora a la sociedad, y no a su persona a título individual.

Aclarado el objeto de la aportación de clientela, la misma presenta una serie de problemas, referidos a su configuración como aportación (infra §6), y a su valoración económica (infra §7).

---

<sup>630</sup>Varios proyectos italianos de sociedades profesionales recogen esta obligación de comunicación por parte del profesional aportante. Así según refiere QUEREJETA en su tesis doctoral, *La società di progettazione*, el art. 20 del proyecto del senador BAUSI n.246 dispone que "*L'Appartenenza del professionista a società tra professionisti deve essere portata a conoscenza dei clienti, dalle controparti e dagli organi della pubblica amministrazione. Per quanto attiene ai mandati professionali in corso di svolgimento all'atto della costituzione della società la comunicazione deve essere effettuata in occasione del primo atto di esercizio del mandato dopo la costituzione*"

<sup>631</sup> Así, SCHIANO DI PEPE, *La società di professionisti*, p.185.

6. Con respecto a la primera cuestión, los problemas fundamentales se centran en determinar si la aportación de clientela puede constituir título suficiente para adquirir la condición de socio, y en el caso de que así sea, cual es su configuración jurídica.

a) En relación a la aptitud de la clientela como aportación a título único, a nuestro juicio, la respuesta es semejante a la apuntada en relación a la abstención de competencia y a la aportación del nombre. Esto es, en nuestra opinión la aportación de clientela puede realizarse, tanto de manera conjunta con la actividad del profesional que la aporta, como de forma autónoma configurándose independientemente como objeto de aportación.

Sin duda alguna, la aportación conjunta de actividad y clientela resulta el caso más común en nuestro ámbito. En efecto, el profesional, que aporta su clientela a la sociedad se compromete en adelante a desenvolver su actividad en y para la sociedad, con lo que se obliga también a no mantener relaciones con su antigua clientela a título individual sino como miembro de la sociedad. En esta hipótesis ambas aportaciones constituyen parte integrantes de la *aportación global de industria* del profesional, la cual queda integrada de esta forma por la aportación de su actividad, sus conocimientos personales, su experiencia y *sus relaciones*<sup>632</sup>.

Lo anterior no debe obstar sin embargo, a que, en determinados casos, la aportación de un profesional consista tan sólo en la aportación de su

---

<sup>632</sup>GARRIGUES, "Teoría general de las sociedades mercantiles", RDM, 1.974, p.224, incluye bajo el concepto de aportaciones de industria, las que llama aportaciones impropias, entre las que destaca a la clientela como relaciones de puro hecho, en tanto en cuanto se transmitan como parte integrante de una empresa que se aporta a otra.

clientela, sin obligarse además a la prestación de su actividad profesional<sup>633</sup>. Piénsese de nuevo en ejemplos ya citados a propósito de la aportación de la abstención de concurrencia o del nombre: jubilación, enfermedad, incompatibilidad del ejercicio con otro cargo, etc. En todos estos casos, aún cuando el profesional no puede entrar a formar parte de una sociedad profesional en virtud de su ejercicio activo, ello no debe ser obstáculo a su participación en la misma como contraprestación a la aportación de su clientela, siempre y cuando la sociedad valore la utilidad económica de la misma<sup>634</sup>.

---

<sup>633</sup>Contra, QUEREJETA, en sus tesis doctoral inedita, *La società di progettazione*, afirma que la única salida para admitir la aportación de clientela sería aportándola concurrentemente con la actividad del profesional "*l'apportazione della propria opera dell'associato si presenta come un fattore indispensabile -forse il più adeguato- di trasferimento della clientela alla società*". En el mismo sentido, MEZQUITA DEL CACHO, "Sociedades de profesionales", ASN, VII, 1993, p.409 afirma que "*el compromiso de trabajar en la sociedad con caracter exclusivo es el unico modo de realizar la obligacion de presentar a esta como sucesora propia ante la clientela aportada*". En la misma linea GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.179, quien además de no encontrar sentido a estas aportaciones a título unico, afirma que las mismas vulnerarian algunas normas deontológicas que prohíben emplear o aceptar remuneraciones o beneficios por la captación de clientela. La autora se refiere en concreto al art.44 e) y f) de los Estatutos de la Organización Médica Colegial. A nuestro juicio, esta argumento no es lo suficientemente sólido. En primer término, porque detrás de esa prohibición deontológica la idea que late es tratar de impedir una captación desleal de clientela, supuesto este que no es el caso planteado; y en segundo lugar, porque como también hemos advertido en otro lugar, la prohibición de esta aportación a título único carece de todo sentido práctico en la medida que las partes pueden fácilmente salvarlo con una pequeña aportación que lo sea en un sentido técnico jurídico.

<sup>634</sup>Naturalmente esta solución no resulta admisible en aquellos ordenamientos, como el francés, donde se exige para adquirir la cualidad de socio de una sociedad profesional la prestación efectiva de servicios profesionales. Lógicamente si el socio para ser tal debe ejercer su actividad en sociedad, no puede adquirir ese *status* por su mera aportación de clientela. De otro lado ha sido precisamente la exigencia de una participación efectiva y exclusiva de los socios en el régimen societario profesional francés, el hecho que ha originado las numerosas críticas a la solución adoptada por el legislador de considerar la aportación de clientela como una *apport en nature*. Desde el momento en que el profesional debe -para ser socio- ejercitar efectiva y exclusivamente su actividad en la sociedad, resulta una construcción artificiosa -se aduce-, disociar la aportación de la propia actividad y la aportación de clientela, ya que quien aporta su actividad aporta también su clientela, y quien aporta su clientela debe así mismo aportar su propia actividad. Como argumento que refuerza la consideración de la aportación de clientela como aportación de industria, se aduce que en realidad esta aportación, tal y como se ha visto, no consiste sino en una obligación de hacer (presentar a la clientela) y otra de no hacer (abstenerse de concurrir), todo lo cual apoya la consideración de la aportación de la clientela como una aportación de industria, frente a la configuración dada por el legislador a la aportación de clientela como aportación *en natura*. Esta consideración crítica a la postura adoptada por el legislador puede verse en BARDOUL, "Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", *Rev.Soc.*, 1973, p.413; del mismo autor, "Apport en clientèle et en industrie", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, 1974; FLECHEUX "Un cabinet d'avocat, une entreprise pas comme les autres", *Gaz.Pal.*, 1990,2,353; CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèles civiles*, la cual dedica una sección entera ("*Critique de la qualification légale de l'apport du droit de présentation de la clientèle*") a esta cuestión, pp. 314 ss. Esta misma consideración de la aportación de la clientela como una aportación de industria y no como una aportación *en*

b) La cuestión que se plantea en estos casos, es la relativa a la configuración jurídica de la aportación de clientela, esto es, si debe considerarse como aportación de trabajo o de capital. Un sector de la doctrina estima que la misma debe configurarse como una aportación de capital<sup>635</sup>. El argumento que se aduce a tal efecto, es que la aportación de clientela, a diferencia de la aportación de servicios, "tiene una "entidad actual", pues por más que sea fruto de trabajo, lo es de un trabajo producido, pasado, convertido en resultados apreciables".

A nuestro juicio esta afirmación no puede compartirse sin graves reservas. Si bien ha de reconocerse la "entidad actual" de la clientela del profesional, la efectividad de su aportación no depende de su aportación inicial, sino fundamentalmente de la "actividad" del profesional dirigida a procurar que esa clientela pase a engrosar la clientela de la sociedad<sup>636</sup>. De ahí que nos parezca más convincente la configuración de la clientela como una aportación de industria en un sentido amplio, esto es, comprensiva tanto de prestaciones de hacer como de no hacer. Esta calificación adquiere todo su sentido, toda vez que ha sido constatado que la aportación que nos ocupa se articula a través de dos obligaciones de actividad: una obligación de hacer (introducción de la clientela), y una obligación de no hacer (abstención de competencia), lo que con pocas dudas aboca en efecto, a su configuración como aportación de industria<sup>637</sup>.

---

natura se realiza en bégica a propósito de la futura regulación societaria profesional. V. a este respecto J.L.FAGNART. "L'exercice en société de la profession d'avocat. Questions de responsabilité professionnelle", en *L'exercice en société des professions libérales*, p. 35, y la bibliografía allí citada.

<sup>635</sup> Así, ALBIEZ y otros en, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, p.103.

<sup>636</sup> No hace falta insistir de nuevo en el papel que la libre elección de la clientela tiene en la consecución de su transmisión a la sociedad.

<sup>637</sup> La consideración de la misma como aportación de trabajo es asimismo propuesta por VERGEZ, *Socio industrial*, pp.30 ss; CAPILLA, *Com.Edersa*, pp.224, 231 ss; MEZQUITA DEL CACHO, "Sociedades de

7. La otra gran cuestión suscitada por esta aportación es la *difícultad de su valoración*. Dificultad que como puede comprenderse deriva de su especial naturaleza. En este sentido debe afirmarse que cuando se habla de valoración de la misma, lo que está sometiendo a cuantificación son las *expectativas económicas que esa clientela aportada puede representar a la sociedad*<sup>638</sup>. Circunstancia ésta, que, en sí misma, no deja de ser una *probabilidad de futuro más o menos viable*: el que las dichas expectativas lleguen a convertirse en realidad es algo que sólo con el tiempo podrá verificarse. De lo

---

profesionales", ASn, VII, 1993, p.409; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en Sociedad*, p.178, si bien la autora no realiza un pronunciamiento expreso acerca de la consideración de la abstención de competencia como posible objeto de aportación de industria.

<sup>638</sup>En el derecho francés, la evaluación de la clientela se practica mediante un sistema de capitalización sobre la base de un coeficiente aplicado a la cifra de negocios de los tres últimos años. Este resultado es no obstante corregido teniendo en cuenta la particularidad de la estructura social, las ventajas procuradas por el socio titular de la clientela a los otros socios, y los beneficios que él obtendrá por el ejercicio en grupo. Para un amplio estudio de este sistema de valoración así como métodos que precedieron al mismo v. M.CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèle civiles*, pp. 124 ss, 304 ss. El sistema de valoración apuntado también se aplica en las que se han dado en llamar *indemnités d'intégration*. Las mismas pueden estipularse cuando la cesión de la clientela de una sociedad se realiza -no como en el caso apuntado en el texto en beneficio de la sociedad, sino- en beneficio de un socio que entra en una sociedad preexistente. La parte de clientela ya constituida, puede presentar un importante beneficio para el profesional que se integra, el cual deberá, si así se ha pactado, realizar una contraprestación económica por esta clientela a la que va a tener un fácil acceso. Si bien este tipo de cláusulas ha sido discutida en base a los razonamientos tradicionales ya vistos, lo cierto es que actualmente gozan de un reconocimiento generalizado. Sentencia definitiva a este respecto fué la de la *Cour de cassation* francesa de 8 de enero de 1985 (en JCP 1.985.IV p.112) al admitir expresamente la constituida como cláusula "*d'indemnité d'intégration*". La cuestión sometida a la decisión de la Corte de Casación era la siguiente: dos médicos habían concluido un contrato de ejercicio en común de la profesión médica, así como una sociedad civil de medios destinada a compartir los medios materiales del ejercicio colectivo de la profesión. Realizaron un contrato de "transmission de clientèle" por el cual el más joven se había obligado a aportar la suma de 200 000 francos. Por desavenencias entre ambos, el médico que había tenido que realizar ese pago, trata de obtener el reembolso del mismo, invocando que esa suma representaba el *prix de rachat* de una parte de la clientela de su coasociado y que ese contrato está viciado por su objeto, de nulidad. La *Cour suprême* estimó la validez de esta indemnización (*indemnité d'intégration*) en los siguientes términos: "*Mais attendu que la Cour d'appel... a d'abord relevé que M.G. ne s'était engagé à céder et n'avait pas cédé partie de sa clientèle, la seule obligation qu'il avait souscrite était celle de présenter M.S. comme son associé, d'engager ses clients à reporter sur lui la confiance qu'ils lui accordaient et de tenir à sa disposition les fiches relatives à la clientèle, qu'elle a ensuite rapproché l'acte litigieux du 30 août 1978 du contrat d'exercice en commun de la profession médicale précédemment signé aux termes duquel les associés mettaient en commun les dossiers et documents médicaux, mais devant se garder de toute mesure de nature à entraver le libre choix du médecin par le malade, qu'elle en a déduit que par le versement de la somme litigieuse, M.S. avait acquis le droit d'exercer son activité dans le cabinet d'un médecin connu, de profiter de ses connaissances et de le remplacer durant ses absences, et que dès lors le contrat n'était pas entaché de la nullité invoquée*". Sobre esta cuestión con amplia información v. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèle civiles*, pp. 280-292.



que se trata pues, -como en cualquier aportación que implique un deber proyectado hacia el futuro- es de apreciar es la *susceptibilidad* de producción de ventajas a la sociedad, no la efectiva producción, o el disfrute efectivo por parte de la misma de aquellas ventajas potenciales<sup>639</sup>.

a) El valor de un activo viene determinado por los rendimientos que cabe esperar del mismo en el futuro y tal aserto es aplicable igualmente a la clientela. Cabe pensar, consecuentemente, que los socios valorarán la clientela aportada por uno de ellos mediante una capitalización de las rentas que cabe esperar que obtendrá la sociedad de los clientes aportados. Lógicamente, en la valoración de tal activo tendrá una importancia fundamental la *habitualidad o asiduidad* de la misma en la demanda de los servicios profesionales prestados por la sociedad o, en otros términos la "facturación" proporcionada por cada cliente.

b) Asimismo otro factor esencial a tener en cuenta a la hora de la valoración, son las expectativas económicas que la sociedad preve en relación a esa clientela *ante la baja del profesional* de la sociedad, esto es, valorar o no la previsible continuidad de la clientela en sociedad, ante la separación del profesional. A tal efecto, dos son las cuestiones a considerar.

El primer elemento a tomar en cuenta es si las partes han acordado o no un *pacto de no competencia postcontractual*. Así, en los casos donde el mismo se haya pactado, parece lógico establecer una mayor contraprestación económica, al prever que la clientela permanecerá en sociedad, generando en el futuro beneficios económicos a la misma, no obstante la baja del

---

<sup>639</sup> Aunque las circunstancias se encarguen de revelar en su caso, lo erróneo de la previsión realizada ello no podrá constituir motivo para solicitar una revisión de la valoración realizada en su momento. Para consideraciones de este tipo en relación a la compensación por clientela del agente vid. MARTINEZ SANZ, *La indemnización por clientela*, pp. 152 ss.

profesional<sup>640</sup>. En el mismo sentido parece lógico establecer una menor contraprestación en aquellos casos donde el compromiso del profesional se reduce a poner la clientela a disposición de la sociedad únicamente mientras participa como socio en la misma<sup>641</sup>.

El segundo factor a considerar en la valoración son las posibilidades de conservación de la clientela por parte de la sociedad, no obstante el pacto entre el profesional y la sociedad. En efecto, el pacto de conservación de la clientela por la sociedad, deducido de un acuerdo de abstención de competencia postcontractual, no puede ser entendido como un acuerdo que garantice la íntegra conservación de la clientela llegado el momento acordado. Del mismo modo que el profesional aportante no puede garantizar la efectiva transmisión de la clientela a la sociedad cuando la misma es objeto de aportación, tampoco puede garantizar a la sociedad su conservación ante la baja del mismo.

c) Por último, respecto al *modo de remuneración* de la clientela, las posibilidades son plurales. Así, las partes pueden estipular por ejemplo un *pago por comisión*, a través del cual la sociedad conceda un porcentaje determinado al profesional aportante en contraprestación a cada operación o servicios realizados a esa clientela aportada, bien a través de una *mayor participación del socio en los beneficios sociales*. Parece menos probable,

---

<sup>640</sup>En estos casos podría afirmarse que la aportación de clientela se ha realizado a "título de propiedad", en el bien entendido que dicha expresión por las razones expuestas no puede ser entendida en clave de titularidad dominical, esto es, que con dicho término no se está en efecto, aludiendo a un auténtico derecho de propiedad sobre la clientela. En el mismo sentido debe entenderse que cuando se habla de aportación de clientela a título de propiedad se produce una transferencia de la clientela del patrimonio del profesional al patrimonio de la sociedad. CHANIOT-WALINE, *La transmission des clientèle civiles*, p. 305. En este supuesto la aportación en propiedad es asimilada a una enajenación a título oneroso y sometido a todas las reglas aplicables a la venta salvo aquellas que resulten incompatibles -así por ejemplo aquellas que no se justifiquen por la presencia de un precio, cuando a cambio de la aportación de la clientela del socio se prevea no un precio sino una participación mayor en beneficios-. En caso de disolución de la sociedad el profesional podría quedarse con su clientela, si así hubiese sido previsto.

<sup>641</sup>En estos casos podría hablarse de una aportación a "título de uso", en el sentido indicado en la nota anterior.

dada la peculiar naturaleza de la clientela y la dificultad de valorar las expectativas que la misma representa, que se adopten soluciones de "compra" de la clientela por la sociedad a cambio de un pago único.



## CAPITULO SEXTO.

### **PARTICIPACION DE LOS SOCIOS EN GANANCIAS Y PERDIDAS, Y PROMOCION EN LA CARRERA DEL SOCIO.**

#### **§ 23. Planteamiento**

Dentro del ámbito de los derechos patrimoniales de los socios, constituye ya una distinción asentada en la doctrina, la diferenciación, entre el *derecho al beneficio*, esto es, el derecho de los socios a participar en los resultados prósperos o adversos derivados del desenvolvimiento del objeto social, y el *derecho a la cuota de liquidación*: el derecho de participación en el patrimonio resultante de la liquidación de la sociedad disuelta. El tratamiento de este último será abordado en un capítulo posterior (v. *infra* § 37). Ahora, nuestra atención se dirige al estudio de la participación de los socios en los resultados de la sociedad<sup>642</sup> (v. *infra* §§ 24 y 25).

Junto a ello, nos ocuparemos del sistema de promoción profesional en la sociedad (v. *infra* § 26). La razón del tratamiento conjunto de ambos aspectos en este capítulo es que, como tendremos ocasión de comprobar, tanto el sistema de remuneración, como el de la promoción en la carrera de los socios se configuran como incentivos económicos esenciales para la incorporación de nuevos profesionales a la sociedad, así como para la

---

<sup>642</sup>Este derecho a los beneficios presenta una doble dimensión: abstracta -entendiéndose por tal el derecho de todo socio a participar en los resultados positivos de la sociedad-, y concreta -la cual hace que este derecho se presente como un derecho de crédito patrimonial frente a la sociedad que tiene por objeto los beneficios aprobados. La justificación de esta distinción -tradicionalmente referida al campo de las sociedades de capital- reside en la necesidad de armonizar el conflicto entre la conveniencia o necesidad de autofinanciación de la sociedad, y el interés del socio de obtener el máximo reparto de beneficios. Esta distinción aclaratoria resulta también útil en el campo de las sociedades de personas, encontrando la misma fundamentación que en las anónimas, si bien obviamente el conflicto descrito suele darse con menos intensidad. Así PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1.434-1.440; considera también esta doble dimensión VERGEZ, *Socio industrial*, p. 148. Contra CAPILLA quien niega la utilidad de esta doble consideración en el ámbito de las sociedades civiles, CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, pp. 353-354.

permanencia de los ya existentes. En el mismo sentido ambos aspectos sirven también para desalentar a profesionales indeseables y promover la renuncia de aquellos cuya permanencia sea inconveniente.

## **§ 24. Régimen legal de la participación de los socios en los resultados sociales.**

### **I. ASPECTOS GENERALES DE LA DISTRIBUCION DE RESULTADOS Y SU CONCRETA APLICACION EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.**

1. Entre las cuestiones generales que presenta el fenómeno de la participación en los resultados, la primera se refiere al *momento de la distribución del resultado*, esto es, al problema de determinar si existe o no un derecho del socio a que se realice *periódicamente* el reparto de las ventajas que se vayan obteniendo<sup>643</sup>. A nuestro juicio, la cuestión no puede resolverse de un modo uniforme. Naturalmente habrá de estarse a los pactos establecidos, pero faltando éstos, entendemos que en el ámbito de las

---

<sup>643</sup> Como es sabido este es un problema que se ha planteado especialmente en el ámbito de la sociedad anónima. Presumen un derecho del accionista al reparto anual GIRON, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1.952, pp. 200 ss. p.202; SANCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1.955, pp. 127-130. *Contra* por principio, R. ILLESCAS ORTIZ, "El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte", en *Derecho de los Negocios*, junio 1992, n.21, p.30: "El derecho al dividendo adjetivado como absoluto y periódico, no existe en la sociedad anónima"; del mismo autor, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima*, T. VIII, Madrid, 1.993, pp. 195-196; VICENT CHULIA, *Compendio*, I-1, pp. 489-492: "no podemos aceptar que exista un derecho allí donde puede ser negado una o más veces, siquiera no sea "sistemáticamente". Existe un interés o una expectativa, pero un verdadero derecho no existe". La discusión en torno a este derecho ha tenido también su reflejo en el ámbito de las sociedades de personas. En este campo es doctrina generalizada la que entiende que, a falta de pacto, la cuestión ha de ser resuelta en función del carácter permanente u ocasional de la sociedad. En las primeras, cabe suponer que por una u otra vía de integración, lo coherente con su naturaleza es la distribución periódica del resultado, no así en las sociedades creadas para un proyecto u objetivo concreto, donde lo razonable es pensar que el reparto se producirá en la liquidación de la sociedad. Así CAPILLA, *Sociedad civil*, p.194; PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1435.

sociedades profesionales existen razones de orden práctico y de manifestación del propio fin social que favorecen un derecho del socio al reparto periódico. En efecto, el hecho de que se trate de sociedades en las cuales normalmente los profesionales ponen toda su actividad al ejercicio de la sociedad, hasta el punto de que en la generalidad de los casos, la sociedad viene a constituir la única fuente de ingresos del profesional, constituye a nuestro juicio, razón suficiente para mantener este reconocimiento del derecho al reparto periódico como imputable a la voluntad hipotética de las partes de un contrato de sociedad profesional<sup>644</sup>. Condenar al socio a un aplazamiento excesivo en el cobro, o incluso a no participar en los beneficios hasta el final de la sociedad, adquiere una especial gravedad en sociedades que, como las profesionales, se constituyen frecuentemente con carácter permanente o indefinido. Así las cosas parece razonable suponer que si nada se ha establecido en el contrato, lo coherente con la propia naturaleza de estas sociedades es la distribución periódica del resultado.

Naturalmente este derecho puede derogarse por las partes cuando las circunstancias de la situación económica y financiera de la sociedad aconsejen que el reparto no se debe realizar.

2. Establecida la periodicidad en el reparto, es preciso aclarar *el concepto de beneficio* repartible. La determinación del mismo varía según la forma social adoptada. En el caso de que los profesionales se acojan a una sociedad de capital, es el propio legislador quien da la respuesta (art. 213.2 LSA), al partir expresamente de un concepto de beneficio *absoluto*, entendiendo por tal, el producto resultante de restar al patrimonio de la

---

<sup>644</sup>Esta justificación es propuesta por VERGEZ en relación al socio industrial de una colectiva. Vid., VERGEZ, *Socio industrial*, p.151

sociedad contabilizado a fin de ejercicio, el patrimonio inicial de la sociedad (capital o cifra de valoración de las aportaciones). Más problemática se presenta la determinación en el ámbito de las sociedades de personas, toda vez que el legislador no ha realizado previsión alguna al respecto. Dos son las opiniones doctrinales que se han manifestado a estos efectos.

a) Una primera, sostiene que en estas sociedades ha de estarse también al *beneficio absoluto*, esto es al patrimonio de final de ejercicio que *exceda* del patrimonio inicial<sup>645</sup>. Dos son las razones fundamentales que se han aducido por la doctrina a tal efecto. De un lado, la existencia -también en estas sociedades- de un principio de garantía de acreedores sociales que exige la conservación del patrimonio inicial o capital<sup>646</sup>. De otro, la consideración de que la existencia un vínculo contractual de afectación del patrimonio inicial a la consecución del fin común, no puede ser burlado mediante el cálculo periódico. El contrato -se afirma- mientras no sea objeto de modificación, exige que el capital aportado se destine a la promoción del objeto social sin que puedan repartirse beneficios con cargo al mismo<sup>647</sup>.

b) La otra tesis postula un concepto de *beneficio relativo*, entendiendo por tal, el excedente de patrimonio existente al final del ejercicio sobre el patrimonio que había al comienzo del mismo<sup>648</sup>. Las razones alegadas por la

---

<sup>645</sup>En este sentido GARRIGUES, *Curso*, I, 70 ed., pp. 359-360 (el cual ha modificado así su primitivo criterio del beneficio relativo mantenido en las primeras ediciones de su *Curso* [*Curso*, I, 1.935, p.193; también en *Tratado*, 1.947, pp.525-526]); PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1437-1438.

<sup>646</sup>Así, GARRIGUES, *Curso*, I, 70 ed., p. 360: "la protección de los terceros exige evitar que los socios disminuyan arbitrariamente y en su provecho el patrimonio social, reduciéndolo por debajo de la cifra de capital que figura en el Registro, puesto que ese patrimonio constituye la primera garantía de aquéllos, debiendo considerarse que la responsabilidad de los socios tiene, como lo establece la ley, sólo un carácter subsidiario".

<sup>647</sup>Así, PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1437-1438, quien, no obstante decantarse por el concepto de beneficio absoluto, rechaza sin embargo la argumentación aducida por GARRIGUES recién mencionada en el texto.

<sup>648</sup>En este sentido, GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, pp. 489-490; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.360; G.HUECK, *Gesellschaftsrecht*, München, 150 ed., 1970, p. 70.



doctrina que apoya esta conclusión afirman, de un lado, que esta concepción del beneficio es más acorde con la consideración de las sociedades de personas, como el medio de vida del socio, a la que dedica toda su capacidad de trabajo<sup>649</sup>. De otro, que en las sociedades de personas, no existe una capital social como cifra de retención en favor de los acreedores sociales, dado que cuentan con la garantía representada por la responsabilidad personal e ilimitada de los socios. Es precisamente la ilimitación de responsabilidad lo que justifica que el legislador no haya impuesto en las sociedades de personas, la obligación de reducciones o reconstrucciones del patrimonio en garantía de acreedores y sacrificio de los socios, en caso de pérdidas o distribución indebida de beneficios<sup>650</sup>.

c) A nuestro juicio, la primera de las dos posturas expuestas es la más atendible. La razón no reside en que en las sociedades de personas el capital social cumpla la función de retención que se le asigna en el ámbito de las sociedades de capital -que ciertamente no lo cumple-<sup>651</sup>, sino en la otra función que suele atribuirse tradicionalmente al capital, entendido como el conjunto de las aportaciones de los socios que éstos afectan al fin común. Nos referimos a la función de explotación<sup>652</sup>. En este sentido, parece plenamente conforme con la voluntad hipotética de los socios afirmar que éstos no estarán dispuestos a que se enajenen los bienes aportados para permitir su reparto en forma de beneficios ya que ello contradiría la voluntad reflejada en la aportación en el sentido de que dichos bienes se destinen a la promoción del

---

<sup>649</sup> Así para las colectivas, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 490; VERGEZ, *Socio Industrial*, p. 151. La misma argumentación aplicada a las sociedades civiles en CAPILLA, *Com.Edersa*, pp. 359-360.

<sup>650</sup> Así GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.490; DE LA CAMARA, *Estudios*, I-I, pp. 227-228.

<sup>651</sup> En este sentido ha de quitarse la razón a GARRIGUES, *Curso*, p.390, y dársela a GIRON, *Derecho de sociedades*, p.490.

<sup>652</sup> En este sentido compartimos la argumentación de PAZ-ARES, *Comentario*, p.1438.

fin común. Consecuentemente, la voluntad presunta de los socios profesionales únicamente habrá de consistir en admitir el reparto de lo obtenido a través del ejercicio profesional. El mejor argumento en favor de esta tesis viene representado, sin duda, por el hecho de que, como se ha señalado ya en otro lugar de este trabajo, el socio de una sociedad de personas tiene derecho a recuperar *in natura* los bienes objeto de aportación si todavía se encuentran en el patrimonio social a la liquidación de la sociedad<sup>653</sup>.

3. La determinación del beneficio repartible nos lleva a examinar las diversas cuestiones que presenta la rendición de cuentas o resultados de la actividad social. Al respecto deben aclararse los siguientes puntos<sup>654</sup>:

a) El *derecho individual de los profesionales a la rendición de cuentas* es inseparable de la condición de socio y por ende intransmisible autónomamente. En realidad, tal y como se ha afirmado, la pretensión de rendición de cuentas, no es sino una manifestación del derecho de información de los socios, esto es, de su derecho a examinar la contabilidad de la sociedad. Su fundamento debe ubicarse en el propio contrato de sociedad<sup>655</sup>.

---

<sup>653</sup>No puede negarse sin embargo, que, dado que en las sociedades profesionales, la consecución de su objeto social se realiza fundamentalmente con el capital humano de sus socios, y no con el capital físico, los bienes y derechos "no repartibles" habrán de ser, proporcionalmente, de escasa cuantía.

<sup>654</sup>Seguimos a estos efectos, el planteamiento propuesta por PAZ-ARES, para la distribución de resultados en la sociedad civil. Vid., PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1434 ss.

<sup>655</sup>Vid. en el ámbito de las sociedades de personas, VERGEZ, *Socio industrial*, p. 148; CAPILLA, *Com.Edersa*, pp. 367-370; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1436. En el marco de las sociedades anónimas, este derecho de información sobre las cuentas anuales se consagra en el art. 212 LSA. Vid. un comentario al mismo, R.ILLESCAS *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima*, VIII, pp. 183 ss; en las sociedades de responsabilidad limitada, a pesar de la explícita remisión general a la disciplina contable de la sociedad anónima, este derecho de información sobre las cuentas anuales se ve ampliado por la directa accesibilidad de cualquier socio (que represente al menos el cinco por ciento del capital) a los antecedentes de esas cuentas (arg. *ex* art.86 LSRL). Sobre este derecho vid. J.BISBAL I MENDEZ, "Breve comentario a la nueva disciplina contable de las sociedades de capital", en *Derecho de sociedades de*

b) La existencia de un derecho individual de los profesionales a la rendición de cuentas comporta necesariamente la existencia de un *deber de rendición de cuentas, que incumbirá a los admisitradores*, como encargados de la función gestora de la sociedad<sup>656</sup>.

La *forma de rendición de cuentas* en sociedades profesionales, variará según la forma social que se haya adoptado. En el caso de que los profesionales se acojan a una sociedad civil o a una sociedad colectiva o comanditaria (*ex art. 1.670 CC*), la contabilidad habrá de hacerse mediante la formulación de un balance, que contabilice de una manera detallada y suficientemente justificada el activo y pasivo social. No es preciso sin embargo que los administradores hayan de sujetarse rígidamente a técnicas contables o a los llamados principios de contabilidad generalmente aceptados, y menos aún a la disciplina contable del C de C, toda vez que los socios civiles no están sometidos a las reglas que regulan la contabilidad de los comerciantes<sup>657</sup>. Por el contrario, en el caso de que los profesionales se acojan a una sociedad de capital para el ejercicio de su profesión, las reglas de contabilidad que deberán adoptar son las previstas por el legislador mercantil,

---

*responsabilidad limitada*, II, [ALONSO UREBA (coor.gral), RODRIGUEZ ARTIGAS/GARCIA VILLAVARDE (dirs.)], Madrid, 1996, II, pp. 1216-1218.

<sup>656</sup>Sobre este deber en sociedades anónimas v. SANCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio*, pp. 22 ss; en las sociedades colectivas, GIRON, *Derecho de Sociedades*, p. 486. En el ámbito de las sociedades civiles, si bien el legislador no menciona directamente la existencia de deber alguno de rendir cuentas, ni en consecuencia las personas encargadas de realizarlas, lo cierto es que tanto doctrina como jurisprudencia entienden que la rendición pesa sobre los encargados de la gestión social, en razón de que son precisamente ellos quienes cuentan con el poder de incidir sobre los intereses patrimoniales ajenos mediante el desarrollo de su actividad com gestores. Vid. PAZ-ARES, *Comentario*, p.1436; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, pp.363-364, y allí abundante jurisprudencia confirmando, en el marco de la sociedad civil, la obligación de los administradores de llevar la contabilidad social.

<sup>657</sup> Así para las sociedades civiles, CAPILLA, *Com.Edersa*, p.365; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1.436; para las sociedades de objeto civil (art. 1.670 CC), GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.486, nt.27. Esta es asimismo la opinión que prevalece para la Partnerschaft alemana. Así SALGER, "Vermögensrechtliche Innenbeziehungen der Partner", en *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, I, ' 36,I, entiende que: *Die Gewinnermittlung erfolgt entweder durch Einnahmenüberschussrechnung oder Bilanzierung. Zur Aufstellung einer Bilanz, auch zur Führung von Handelsbüchern entsprechend " 238 HGB ist die Partnerschaft nicht verpflichtet.*

al considerarse a la sociedad comerciante por la forma, cualquiera que sea el objeto de la misma<sup>658</sup>.

c) Si la formulación del balance corresponde a los administradores, la *aprobación del balance* corresponde a los socios. En las sociedades profesionales de personas, se requiere el consentimiento de todos ellos, salvo que en el contrato se haya previsto una cláusula de mayorías. De tratarse de una sociedad profesional anónima, la aprobación del mismo corresponderá a la Junta General de accionistas.

La *naturaleza jurídica* del acto de aprobación del balance es discutida. Un autorizado sector de nuestra doctrina ve en la aprobación una *declaración de ciencia*, que simplemente trata de constatar o refrendar la realidad económica que la técnica contable de los gestores haya expresado<sup>659</sup>. A nuestro juicio, resulta más convincente aquella otra postura que entiende que el acto de aprobación "constituye un verdadero negocio de verificación o fijación entre todos los socios". La razón -como certeramente se afirma- "se halla en su finalidad, que consiste en determinar con carácter obligatorio para todos los socios, los valores contables que aparecen en el balance, de suerte que, una vez aprobados, los socios han de pasar por ellos (salvo naturalmente que se impugne por las vías generales de dolo error, etc.)"<sup>660</sup>.

---

<sup>658</sup> Sobre la distinción de las sociedades en función de su "mercantilidad", vid. de nuevo lo que se dijo en *supra* §12.II.

<sup>659</sup> Así, para las sociedades colectivas, GIRON, *Derecho de Sociedades*, pp. 488-489; otras referencias en SANCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio*, p.98.

<sup>660</sup> Así PAZ-ARES, *Comentario*, p.1437. Ya anteriormente, en un sentido semejante respecto a la aprobación del balance en las sociedades anónimas, SANCHEZ CALERO, *La determinación y distribución del beneficio*, p.99. Esta es asimismo la argumentación que ofrece HEYMANN, *Handelsgesetzbuch*, II, § 120, 4, el cual considera que el acto de aprobación del Balance supone una *Feststellungsbeschluss*, frente a la opinión que puede considerarse mayoritaria que contempla la aprobación como un mero reconocimiento de deuda (*Shuldanerkenntnis*).

d) *La distribución del beneficio* requerirá o no un acuerdo ulterior según la forma social que hayan adoptado los profesionales. En las sociedades de capital, la distribución constituye una operación posterior a la aprobación del balance. En efecto, el beneficio del ejercicio no tiene como único fin su reparto inmediato entre los socios sino parte del mismo es -o puede ser- afectado a diversos objetivos: la constitución de reservas legales o voluntarias, participación de los administradores, previsión para reparto de dividendos en futuros ejercicios negativos, etc. La distribución del beneficio entre los socios no es pues, sino un aspecto parcial de la aplicación del resultado<sup>661</sup>. La cuestión cambia si los profesionales se acogen a una sociedad de personas. En estos casos, la simple aprobación implica reparto del excedente entre los socios. Esto quiere decir que no cabe reserva alguna de beneficios contra la oposición de uno sólo de los socios<sup>662</sup>. No existe sin

---

<sup>661</sup> No es de extrañar por ello que la doctrina más reciente considere acertado la introducción de la expresión "aplicación del resultado" en el texto legal de 1989, en sustitución de la más clásica "distribución de beneficios" de la ley anterior. *"El término aplicación es mucho más correcto que el término distribución: éste pone el énfasis en la conversión de los beneficios en dividendos como destino principal y difícilmente evitable de aquéllos; el nuevo término resulta mucho más omnicomprendivo y además neutro. Omnicomprensivo porque aplicar el beneficio es tanto repartirlo cuanto reservarlo; neutro porque no predispone jurídicamente a la junta para el reparto de las ganancias entre los socios"*; ILLESCAS, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T. VIII, p.195.

<sup>662</sup> Así, A.HUECK, *Gesellschaftsrecht*, p. 70; DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema*, II, 60. ed., p.530; VERGEZ, *Socio Industrial*, p. 152. *Contra*, concediendo poderes a la mayoría para decidir la reserva, LACRUZ, *Elementos*, II,-3, 20 ed., p.420. En el ordenamiento italiano es el propio art. 2262 del *Codice civile*, el que establece que salvo pacto en contrario, los socios tienen derecho a su participación en beneficios una vez aprobadas las cuentas de la sociedad. En este sentido tal y como afirma GALGANO, *"nelle società di persone (...) prevale, in esse l'interesse del socio alla ripartizione immediata dell'utile realizzato attraverso l'impresa sociale (...). Ciascun socio ha (...) un diritto alla loro integrale divisione. Una politica di autofinanziamento è possibile, in queste società, solo con il consenso di tutti i soci"*; F.GALGANO, *Il contratto di società. Le società di persone*, Bolonia, 1.980, p.94. La razón de que en las sociedades de personas no se contemple legislativamente, tal y como se preve en las sociedades de capital, la necesidad de la figura de la reserva, se debe a la menor necesidad en las primeras, de reforzar el patrimonio social como garantía para terceros, subsistiendo siempre la responsabilidad personal e ilimitada de los socios, o por lo menos de alguno de los socios (comanditaria). Así, RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p.214; BOLAFFI, *La società semplice*, p.361; M.GHIDINI, *Società personali*, p.284, y allí ulterior bibliografía..

embargo objeción alguna al establecimiento de cláusulas contractuales que directa o indirectamente establezcan mecanismos de reserva<sup>663</sup>.

4. Por lo que se refiere a la *participación de los socios en las pérdidas de la sociedad*, dos son las cuestiones que merecen una referencia especial en el ámbito de las sociedades profesionales.

a) La primera de ellas se refiere a la propia *noción de deudas sociales*. La cuestión que a estos efectos se ha planteado es si dentro de este concepto deben incluirse únicamente aquellas deudas causadas como consecuencia de la gestión social de los administradores en el ejercicio de sus funciones y en el límite de sus poderes, o si deben igualmente quedar incluidas las deudas de los profesionales socios contraídas en el cuadro de su actividad profesional.

Un sector de la doctrina entiende que, en el ámbito de las sociedades profesionales, la solución más razonable pasa por la *equiparación de deuda profesional con deuda social*. La razón que se aduce es que en el interior de una sociedad profesional carece de sentido y no parece plausible una distinción entre socios que sean administradores y los que no lo sean. La propia estructura de este tipo de sociedad cuyos miembros se asocian para el

---

<sup>663</sup>Para una relación de distintos mecanismos de reserva contractual v. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp. 182-183. Sobre la discutida cuestión de si existe o no un *deber de reservar*, compartimos la opinión de quien afirma que la respuesta debe ser tajantemente negativa: el socio no debe a la sociedad aquello que no ha prometido (PAZ-ARES, *Comentario*, p.1437). No obstante en casos muy excepcionales puede fundamentarse un deber de reservar sobre exigencias de la buena fe. Así por ejemplo en aquellos casos donde la distribución del beneficio pueda provocar un daño grave e irreparable a la sociedad puede entenderse que los socios tendrán obligación de dotar la reserva, dilatándose así el pago correspondiente. V., GIRON, *Derecho de Sociedades*, pp.491-492; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1437; A.HUECK, *Gesellschaftsrecht*, p. 70. En el ordenamiento alemán el problema de la necesidad y cantidad de reparto anual aparece expresamente resuelto por el legislador. Así el ' 122 HGB condiciona el cobro de los beneficios a que no sea en claro daño a la sociedad. De no ocurrir esto, el beneficio es sin más disponible. El mencionado artículo reconoce en favor de los socios colectivos un derecho de hasta un 4% de la cuota de capital determinada en el último ejercicio, compaginándose así las necesidades patrimoniales y de tesorería de la empresa social, y las necesidades personales de los socios, con independencia de los beneficios. sobre este punto vid. HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin, 1.972, 40 ed., ' 17.III.3, pp.250 ss; A.HUECK, *Gesellschaftsrecht*, 15 Ed., 1970, p. 71; HEYMANN, *Handelsgesetzbuch*, II, ' 120, 8; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, München, 1.978, pp. 244-258; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1143.

ejercicio en grupo de la profesión, presupone ciertamente que sus miembros están habilitados para el ejercicio de la misma y que todos en el ámbito de la organización la ejercitan efectivamente, pudiendo por tanto vincular a la sociedad -y a los socios- con ocasión del ejercicio de su actividad siempre que se desarrolle dentro de la normal explotación del objeto profesional de la sociedad. De aquí que la consideración de la actividad de los profesionales en una sociedad de este tipo pueda equipararse a la que tienen en el derecho de sociedades, los administradores como representantes de la sociedad, pudiendo por ello considerar las deudas contraídas por los profesionales dentro del objeto de la sociedad, como deudas sociales por las que deban responder todos los socios según las normas propias de cada tipo social<sup>664</sup>.

A nuestro juicio esta opinión no puede compartirse sin graves reservas: no toda *deuda profesional* puede equipararse a una *deuda social*. La sociedad únicamente queda vinculada por la actuación de aquellos miembros que la representen, y no por la actuación de cualquier socio que no tenga esa cualidad atribuida por ley. Otra cosa es que -especialmente en el ámbito de las sociedades de personas- ante la indeterminación de quien debe ejercer la administración de la sociedad, se considere que todos sus miembros quedan atribuidos de tal facultad. Sólo en ese caso, las deudas que en el ejercicio de su actividad contraigan cualquiera de los socios profesionales frente a terceros podrían considerarse deudas sociales y por ende vincular a la sociedad.

b) La segunda cuestión hace referencia a los pactos de exclusión de pérdidas. Como es sabido, el legislador civil (*ex art. 1691 I CC*) considera nulo el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las pérdidas

---

<sup>664</sup>Esta opinión se ha desarrollado especialmente en la doctrina francesa. Así, Y.GUYON/G.COQUEREAU, "Le nouveau statut des commissaires aux comptes: les sociétés civiles professionnelles (commentaire du décret n.69.810 du 12 août 1969)", en *J.C.P.*, 1.970, ed.C.I., 87348; TERRE, "Les sociétés civiles professionnelles..", *J.C.P.*, Traité des Sociétés, fasc.191-16,17,18,19, n.160; J.CHAPPUIS, *Les sociétés civiles professionnelles notariales*, Lyon, 1970,n.126; LAMBOLEY, *La société civil professionnelle*, n.98.

(también en las ganancias). No obstante establece que "sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas" (art. 1.691 II CC). Como certeramente ha interpretado la doctrina, ha de entenderse que la norma referida al socio industrial no hace referencia a su responsabilidad frente a terceros, sino a la responsabilidad interna del socio, esto es, a su participación en las pérdidas de la sociedad<sup>665</sup>. Pero, aún en este ámbito ello no puede ser entendido en el sentido de que el socio industrial quede sustraído al riesgo de pérdidas. Ciertamente un socio que, como el profesional, aporta su actividad, no participa en las *pérdidas contables* de la sociedad ya que su aportación no se imputa al capital social, pero ello no significa sin embargo, que no participe en las pérdidas reales. Es indudable que participa en las mismas, en la medida que si las cosas no van bien, nadie le restituirá la aportación de su trabajo. En este sentido bien puede afirmarse que el socio arriesga su propia aportación<sup>666</sup>.

## II. PROBLEMAS DE ADAPTACION DEL REGIMEN LEGAL DE DISTRIBUCION DE BENEFICIOS A LA REMUNERACION DE LA ACTIVIDAD DE LOS PROFESIONALES.

1. En términos generales debe afirmarse que el régimen legal de distribución de beneficios previsto en las sociedades de capital no presenta problemas específicos en cuanto a su adaptación a las sociedades profesionales. En efecto, la remuneración de la prestación de actividad en estas sociedades se regula por el sistema de remuneración previsto para las

---

<sup>665</sup> Así, VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 110 ss; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, pp.421-422; PAZ-ARES, *Comentario*, p.1446.

<sup>666</sup> V., PAZ-ARES, *Comentario*, p.1446 y allí ulterior bibliografía.



prestaciones accesorias a través de las cuales se articula -como es sabido- toda prestación de actividad. Dado que el legislador no establece *ninguna pauta legal específica* para la remuneración de aquellas prestaciones accesorias que consistan en una prestación de *facere*, no existe posibilidad de conflicto alguno con el régimen legal que afecte de un modo especial a la remuneración de la actividad profesional. Los únicos problemas que la misma presenta en estas sociedades son los que surgen en relación a las prestaciones accesorias en general (así por ejemplo si las mismas deben ser remuneradas o no con cargo a beneficios, si se pueden compensar mediante privilegios de voto o de suscripción preferente, etc.). La ausencia de particularidad específica de la remuneración de la actividad como tal, justifica que su tratamiento se remita a los trabajos que se han ocupado de la remuneración de las prestaciones accesorias con carácter general.

2. La cuestión adquiere sin embargo un cariz distinto en el ámbito de las sociedades de personas. Como es sabido, en materia de criterios para la distribución de resultados rige en estas sociedades el *principio de la autonomía privada*<sup>667</sup>, sin otros límites que los generales de la contratación, los derivados de la prohibición de pactos leoninos, y la prohibición de que la determinación de los resultados quede confiada a uno de los socios (art. 1690

---

<sup>667</sup> Art. 1.689 I CC; art. 140 C de C. Este es asimismo el principio general que rige también en el derecho comparado. Así en Alemania el ' 6.3 de la *Partnerschaftsgesetz*, establece que las relaciones entre los *Partners* se regulan por el *Partnerschaftsvertrag*. De allí que el reparto de resultados se regule exclusivamente por el contrato de sociedad. La doctrina entiende que no es necesario que el *Partnerschaftsvertrag* sea presentado en el registro, por lo que el modo, o las reglas de reparto de resultados, no tienen porqué ser dadas a conocer. SALGER, "Vermögensrechtliche", en *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, 1, § 36.I. Ante el silencio legal, el mencionado autor, entiende que, a falta de regulación, serán aplicables a todos los partners la participación establecida en el § 722 del BGB. Para una aplicación análoga de los §§ 120 al 122 HGB MICHALSKI, "Zum Regierungsentwurf eines Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes", ZIP, 1.993, 1210, 1212. En Francia la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia viene establecida en el art. 10.2 de la ley de sociedades civiles profesionales, el cual establece (tras la modificación de 1.972) que "*La répartition des parts sociales est mentionnée dans les statuts*".

Cc)<sup>668</sup>. Fuera de estos límites las partes son libres para establecer cualquier combinación.

El problema que ahora nos ocupa se manifiesta en la aplicación del *criterio legal que, salvo pacto en contrario, ha de seguirse para remunerar a los socios que se comprometen a prestar sus servicios a la sociedad* (arts. 1.689 del CC y 140 del C de C). Según el mismo al socio industrial le corresponde una cuota de participación equivalente a la que corresponda al socio capitalista que menos haya aportado<sup>669</sup>. (Criterio que no se aplica al

---

<sup>668</sup>Sobre esta cuestión vid. *infra* § 25.III.

<sup>669</sup>En el derecho comparado, constituye también regla general la disposición de un régimen legal supletorio de distribución de resultados, aplicable ante la falta de pacto de las partes. (a) Así en Francia, el artículo 1844.11.1. del Código civil, reformado por Ley de 9 de enero 1978, establece el mismo criterio que nuestro legislador. (b) En Italia, el derogado Código civil establecía (en su art. 1717) una norma semejante a la que existe en nuestro ordenamiento en relación a los socios de industria. Las críticas que el precepto suscitó ante la época consideración en la que se tenía al socio que prestaba su actividad, ha hecho cambiar el criterio legislativo. Actualmente según el art. 2263 párrafo 21, cuando la parte correspondiente al socio de industria no se ha determinado en el contrato, será el juez el encargado de fijarla *secondo equità*. Se introduce así el criterio de equidad, que debe ser el que guíe tanto la participación en ganancias del socio de industria, como su participación en pérdidas. La doctrina entiende que el juez en su determinación podrá establecer otros criterios al de proporcionalidad entre el valor de la aportación y la medida de la participación (que es el previsto por el legislador para los socios capitalistas), confirmando así la gran elasticidad de la equidad judicial para estos casos. Vid. al respecto U.ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1.967, pp. 100 ss; GALGANO, *Il contratto di società. Le società di persone*, pp. 96-97. F.FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, p.289. Por su parte, FERRI, *Comentario del Codice Civile. Delle Società*, pp. 158-159, afirma que si bien esta disposición es más adecuada que la anterior derogada, lo cierto es que también el criterio seguido en el código actual le parece criticable. La solución idónea afirma el autor sería la de valorar la aportación de industria. (c) En el ordenamiento alemán, el régimen legal previsto para las sociedades civiles y OHG es también un régimen dispositivo: el § 722 del BGB establece que si las cuotas de participación en los resultados no están determinadas, cada socio tendrá, sin consideración a la clase y cuantía de su aportación, una cuota igual en las ganancias y pérdidas. Por su parte, el HGB parte de una básica *contemplación separada del aspecto del trabajo y del aspecto del capital*. Los beneficios se reparten por cabezas. Ahora bien, la "parte capital" juega doblemente: de una parte permite retirar durante el ejercicio, con independencia de que hay o no beneficios, un 4% de su importe al comienzo del mismo, y de otro, sobre los beneficios se le abona con carácter preferente el 4% o la cantidad menor que corresponda si los beneficios no llegan a ese importe. Hay en esto pues de una parte, la contemplación de que el socio dedica su vida a la sociedad y hay que proveerle de medios para subsistir durante el año, y de otra una prioridad de retribución del capital. La retirada de beneficios que superen el 4% es posible si no es en daño de la sociedad. Y los no retirados incrementan la parte capital para el ejercicio siguiente. HUECK; *Gesellschaftsrecht*, p.71. favorable a los socios de capital. HUECK, *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft*, Berlin, 1.972, 40 ed., § 17.III.3, pp.250 ss; HEYMANN, en *Handelsgesetzbuch*, II, 1.996, § 120, 8; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, München, 1.978, pp. 244-258; K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p.1143-1144. (d) En los ordenamientos anglosajones el régimen legal preve que, a falta de pacto, la participación de los socios en el capital y ganancias (también en las pérdidas) de las sociedad debe ser igualitaria. Así, en el Reino Unido el art. 24.1 de la Partnership Act, y en Estados Unidos, el § 18 de la Uniform Partnership Act. Vid. E.H.SCAMELL, *Lindley on Partnership*, pp. 366 ss;

resto de socios, que participarán en los beneficios en proporción al importe de las aportaciones efectuadas).

3. Las críticas que desde antiguo, vienen sucediéndose sobre esta regla especial supletoria, por la infravalorización de que es objeto la aportación de industria frente a las aportaciones de capital<sup>670</sup>, se hacen especialmente patentes en el marco de las sociedades profesionales, articuladas como es sabido sobre la prestación de actividad de sus miembros<sup>671</sup>.

Así las cosas, compartimos la opinión de que el mejor modo de superar la arbitrariedad a la que puede conducir el tenor literal de la norma en los casos de concurrencia de aportaciones de industria y de capital, es la consideración de la misma como "una norma interpretativa material, y por tanto es un derecho dispositivo débil, de suerte que ha de ceder frente a la más mínima circunstancia derivada del contrato que se revele incompatible con ella"<sup>672</sup>. En este sentido, y con carácter general no parece que deba encontrar aplicación en aquellas sociedades profesionales, en las que la remuneración correspondiente a los profesionales, como socios industriales, fuese muy superior, o por el contrario muy inferior, a la remuneración media que esos profesionales podrían obtener en el mercado, en las mismas condiciones

---

R.BURGESS/G.MORSE, en *Partnership. Law and Practice in England and Scotland*, London, 1980, pp. 177 ss; A.R.BROMBERG/L.E.RIBSTEIN, *Partnership*, § 2, pp. 79 ss.

<sup>670</sup> Así entre los mercantilistas vid., GARRRIGUES, *Tratado*, I-1, p.524; VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 153-155; GIRON, *Der.Soc.*, I, p. 493; PAZ-ARES, *Comentario*, 1.439-1.440; en la doctrina civil, CASTAN TOBEÑAS, *Código*, XXV, pp. 707-708; LACRUZ, *Elementos*, II-31, p.273; CAPILLA, *Com.Edersa*, pp.383-384.

<sup>671</sup> Vid., GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.185.

<sup>672</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, p.1440. Otra es la solución que se ha dado en el derecho italiano (vid. nt.682). Criterio no exento de crítica (así contra "la necesidad de una tramitación ante los Tribunales" v., GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.493), y que a la vista del tenor literal del art. 1.689 CC, "es difícilmente incorporable al ordenamiento español sin una modificación legal expresa". Así CAPILLA, *Com.Edersa*, p.384. Contra, a favor de la apreciación judicial de equidad también en el derecho español, vid., VERGEZ, *Socio industrial*, p.155, nt.20 y texto que le acompaña.

acordadas con la sociedad (de cualificación profesional, dedicación, etc.). Cualquiera de estos supuestos provocaría una *falta de incentivación directa para el desempeño de su actividad profesional*. En el primer caso, porque la sociedad le estaría asegurando de antemano una remuneración superior a la que previsiblemente le ofrecería el mercado por sus servicios. En el segundo caso, porque cualquier esfuerzo superior al que se corresponde con la remuneración que se le va a atribuir, no sería en ningún caso remunerado<sup>673</sup>. Esta *falta de equilibrio entre riesgos e incentivos*, podría acabar afectando en última instancia no sólo a la obtención de un beneficio, sino a la existencia misma de la sociedad profesional. Consecuentemente en estos casos es razonable pensar que las circunstancias que se deducen de una *interpretación integradora del contrato de sociedad profesional*, conducen a negar la aplicación de la normativa dispositiva por no ajustarse a las "expectativas normativas de las partes", esto es, a la regulación que razonablemente cabe suponer se habrían dado los profesionales al contraer sociedad<sup>674</sup>.

---

<sup>673</sup>La falta de equilibrio mencionada provocaría en definitiva una *ineficiente* asignación de la renta ("Los contratos eficaces establecen un equilibrio entre las ventajas de la provisión de incentivos y los costes de forzar a los empleados a aceptar los riesgos": MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización y Gestión de Empresas*, p. 245). Únicamente en aquellos casos donde la remuneración media de los profesionales en el mercado se correspondiera con la asignada al socio capitalista que menos hubiera aportado, sólo entonces, podría hablarse de una asignación eficiente de la renta de la sociedad. Fuera de estos casos, el criterio supletorio que el legislador ha previsto resulta, en consecuencia arbitrario.

<sup>674</sup>"Si las partes no han previsto una regulación expresa y el juez acude al Derecho dispositivo y existe una regla aplicable a primera vista, pero, tras una valoración equilibrada de los intereses, ésta no se ajusta a las "expectativas normativas de las partes", el juez deberá resolver la cuestión acudiendo de nuevo al contrato para determinar si existen datos en el mismo que permitan deducir qué regulación se habrían dado las partes (interpretación integradora del contrato)": ALFARO, Condiciones generales, pp. 360; del mismo autor, "La función de los usos en el Código de Comercio (Notas para una reinterpretación del art.2 C de c)", RDM, 1.992, julio septiembre, pp. 419 ss; y en la voz "Integración contractual", en Enciclopedia jurídica básica, III, pp. 3636. En general sobre los mecanismos de integración de los contratos v. DIEZ-PICAZO, Fundamentos, I, 20ed. Madrid, 1979, p. 245. Lo específico de la operación de interpretación integradora en este supuesto consiste en que los datos que nos permiten afirmar que la voluntad hipotética de las partes no coincide con la regulación legal no se extraen de un contrato concreto de sociedad profesional, sino que son datos que pueden considerarse implícitos en cualquier contrato de sociedad profesional. En esta medida, podría avanzarse la misma solución si afirmáramos que la sociedad profesional civil o colectiva es, en este punto, atípica en comparación con el modelo legal de sociedad civil o colectiva.

4. Por lo demás son muchos los *problemas particulares* que la aplicación concreta de esta norma presenta en el marco de las sociedades que nos ocupan.

Así por ejemplo, una de las cuestiones que tradicionalmente se aborda en este sentido es cómo debe aplicarse el criterio legislativo en los casos donde la sociedad estuviese *compuesta únicamente por socios industriales*. A nuestro juicio la solución a esta cuestión habría de venir no por la aplicación del criterio de igualdad, tal y como propone parte de nuestra doctrina<sup>675</sup>, sino por el criterio de la proporcionalidad. En efecto, esta es la solución más coherente con el hecho de que el legislador haya utilizado el criterio de la proporcionalidad -y no el de igualdad- para las aportaciones de capital. Por tanto, la cuota habrá de determinarse en función del valor de la industria prometida<sup>676</sup>.

Mayores dificultades presentan aquellos casos en los que la sociedad está compuesta por ejemplo, por un sólo socio de capital y un profesional, o en aquellos otros donde sólo existe un socio capitalista siendo el resto profesionales que prestan su actividad para la explotación del objeto social<sup>677</sup>. En estos supuestos y en otros semejantes que escapen a la solución prevista en el Código, un elemento tan fundamental del contrato no puede ser suplido ante el silencio de las partes en vía de integración legal. Por tanto, en caso de

---

<sup>675</sup> Así, GARRIGUES, *Tratado*, I, p. 535, opta, ante el silencio de las partes por la fórmula igualitaria: "*lo más justo -afirma este autor- es equiparar a todos los socios como colaboradores personales de la obtención de las ganancias*". En el mismo sentido LACRUZ, *Elementos*, II-3, 20ed., p.422.

<sup>676</sup> Esta es asimismo la opinión de VERGEZ, *Socio Industrial*, p.156; CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.386; PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1440. Sobre los criterios de valoración de la actividad profesional vid. lo que se dirá más adelante (*infra* §25.II).

<sup>677</sup> Vid. un estado de la cuestión en GARRIGUES, *Tratado*, I-1, pp.532 ss y nt.15, dando cuenta de las distintas soluciones que se han dado asimismo en el derecho comparado a este respecto. Más recientemente vid. una amplia referencia a estas y otras cuestiones en VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 156-157, y CAPILLA, *Com.Edersa*, pp. 382-387, y allí ulterior bibliografía.

ausencia total de regulación de este extremo en el contrato social, procedería sin duda declarar la nulidad del mismo por "indeterminación de sus condiciones esenciales" (arg. *ex art. 1261 CC a contrario sensu*, y art. 1289 II CC)<sup>678</sup>. En efecto, el principio de "equivalencia de las prestaciones" consagrado en el art.1289 I CC, no puede aplicarse al caso que nos ocupa puesto que el mismo sólo rige respecto de la determinación de las condiciones accidentales del negocio. En los casos como los recién apuntados, en los que existan dudas sobre la remuneración de las aportaciones que imposibiliten la reconstrucción del consentimiento contractual referida a este aspecto esencial, la distribución de ganancias y pérdidas no puede sin más atribuirse a la apreciación judicial (como es sabido, los jueces no pueden sustituir a las partes en la determinación de los elementos esenciales del contrato) debiendo en consecuencia declararse la nulidad del contrato.

5. Sentado lo anterior, debe advertirse sin embargo, que, el problema planteado tiene en todo caso, una menor trascendencia práctica de lo que aparenta. En primer lugar, no es probable que las partes no hayan establecido nada al respecto, cuando la aportación principal en las sociedades que nos ocupan, es como venimos diciendo, la aportación de industria de los profesionales. En segundo término, debe afirmarse que aún en el caso -poco probable- de que no exista pacto expreso al respecto, sería asimismo muy extraño que no se dispusiera de datos de los que pudieran deducirse razonablemente una interpretación integradora del contrato, que arrojará luz sobre esta cuestión.

---

<sup>678</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1.440.

## § 25. La regulación contractual o estatutaria.

### I. MODELOS CONTRACTUALES PARA DETERMINAR EL REPARTO DE LOS BENEFICIOS.

1. A los efectos que ahora interesan, lo que se trata de determinar, son los diferentes modelos de reparto cuando en una sociedad profesional concurren aportaciones de industria -o bien prestaciones accesorias de actividad- y de capital<sup>679</sup>. En el ámbito de las sociedades anónimas, el legislador no ha dejado opción a la posibilidad de un modelo de libre configuración. La distribución de dividendos a los accionistas se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado, con la salvedad de la existencia de acciones privilegiadas, y de prestaciones accesorias remuneradas (art. 215.1 LSA).

No sucede lo mismo en el ámbito de las sociedades de personas y en las sociedades de responsabilidad limitada. En estos tipos sociales, el ámbito de libertad del que disfrutan los socios es mayor y, por tanto, las posibilidades estatutarias correspondientemente más variadas.

a) Así, los socios podrán prever un reparto igualitario ("por cabezas") Este tipo de reparto constituye a juicio de gran parte de la doctrina una de las soluciones ideales a la que debería tender un grupo de profesionales<sup>680</sup>. La

---

<sup>679</sup>En general, para un catálogo de las combinaciones contractuales más frecuentes sobre el reparto de beneficios, v. DIEZ-PICAZO, "Los pactos leoninos en el contrato de sociedad", en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico De Castro*, 1976, I, pp. 575-576; SCAEVOLA/CASTAN, *Código*, XXV, pp. 416 ss; FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp. 181 ss; H.SUDHOFF, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, München, 1978, pp. 217-222. Para una primera aproximación a la distribución de beneficios y salarios en sociedades profesionales vid. el artículo escrito por la Redacción de la revista *Economist & Jurist*, en la citada revista, n.28, noviembre-diciembre 1997, pp. 44-50.

<sup>680</sup>Así, LAMBOLEY, *Le société civile professionnelle*, p. 228.

pauta distributiva de este modelo no atiende ni a la cantidad, ni a la clase de aportación (bienes, trabajo, o servicios) realizada por sus miembros. Todos los miembros recibirán la misma participación en beneficios. Este sistema tiene a su favor la ventaja de la sencillez y, como veremos al examinar la remuneración de la actividad prestada a la sociedad, puede proporcionar incentivos adecuados a los socios en algunas situaciones societarias atípicas. A nuestro juicio, sin embargo este sistema sólo resulta eficiente en aquellos supuestos donde las aportaciones de los socios, cualquiera que sea su objeto, resulten equivalentes. Fuera de estos casos, es indudable que el mismo lesionará siempre los derechos de algunos socios.

b) La fórmula de reparto desigual puede a su vez presentar dos variantes fundamentales en las sociedades que nos ocupan: una de ellas basada en la distribución global de los beneficios atendiendo tan sólo a un criterio (bien al trabajo bien al capital); y otra basada en la remuneración separada del trabajo y el capital. Dentro de las primeras, puede preverse contractualmente que los *beneficios se repartan proporcionalmente a la participación de cada socio en el capital social*. La otra posibilidad, inversa a la anterior consiste en que el reparto de los beneficios de determine *exclusivamente teniendo en cuenta exclusivamente el trabajo realizado por cada uno de ellos independientemente de su aportación al capital social*. El reparto se haría aquí según los criterios estatutarios personales y profesionales determinados por los estatutos (antigüedad, productividad individual, etc)<sup>681</sup>. Si bien esta forma de reparto resulta más acorde con la práctica profesional, lo cierto es que, no parece eficiente en aquellos casos

---

<sup>681</sup> Sobre los criterios de remuneración de la actividad de los profesionales vid. lo que se dirá más adelante.



donde se prevean aportaciones de capital considerables, las cuales según este criterio no se tendrían en cuenta para remunerar a sus titulares.

2. A la vista de lo expuesto, es fácil entender que siempre que las diferentes clases de aportaciones de los socios no sean económicamente equiparables, un reparto que tenga en cuenta únicamente el capital o el trabajo aportados, acabará por lesionar los intereses de una parte de los socios por lo que no es probable que sea aceptada típicamente por contratantes racionales. Parece, pues, necesario examinar la posibilidad de remunerar separadamente el trabajo y el capital. Esta consiste en deducir, sobre el conjunto de los beneficios sociales un determinado porcentaje para la remuneración del capital. Esa parte de beneficios retirados se repartirán en proporción de la parte de capital que ostente cada uno de los socios. El resto de los beneficios (deducido el porcentaje correspondiente al capital) se destinará a remunerar la actividad de cada uno de los miembros<sup>682</sup>.

<sup>682</sup>El ejemplo que se propone a continuación es una transcripción en pesetas, del que LAMBOLEY ha ejemplificado en francos en "Répartition des bénéfices", *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.36-37: Imagínese el caso de una sociedad de abogados compuesta por dos abogados. Uno (X) posee un 80% del capital social, el otro (Y) solamente el 20%. Entre ellos convienen que el 60% de los beneficios se utilizará para remunerar el capital, mientras que el 40% de los beneficios restantes se utilizará para remunerar el trabajo. El beneficio neto de se evalúa en 200.000 pesetas, y la actividad de los dos socios se estima por igual. Así las cosas la remuneración quedará como sigue.

Remuneración del capital:	$(200.000 \cdot 60) / 100 = 120.000$
Remuneración del trabajo:	$(200.000 \cdot 40) / 100 = 80.000$

Derechos del abogado "X"	
Remuneración de su capital:	$(120.000 \cdot 80) / 100 = 96.000$
Remuneración de su trabajo:	$80.000 / 2 = 40.000$
TOTAL	$96.000 + 40.000 = 136.000$

Derechos del abogado "y"	
Remuneración de su capital:	$(120.000 \cdot 20) / 100 = 24.000$
Remuneración de su trabajo:	$80.000 / 2 = 40.000$

Este sistema presenta la ventaja de conciliar los intereses de ambos tipos de aportaciones, asegurando de un lado una remuneración correcta para el capital (se remunerará a cada socio en función del capital que hayan aportado), sin lesionar de otro, a los socios de industria<sup>683</sup>, por lo que será más frecuente en aquellas sociedades en las que, junto a profesionales que presten su actividad existan también socios de capital, no siendo sus aportaciones económicamente equiparables<sup>684</sup>.

TOTAL	24.000 + 40.000 = 64.000
-------	--------------------------

Realizadas las cuentas, la remuneración queda como sigue: El abogado "X" recibirá por una aportación del 80% del capital, el 68% de los beneficios del mismo. El abogado "Y" recibirá por una aportación del 20% del capital, el 32% de los beneficios del mismo. El hecho de que en este ejemplo se ha considerado por igual la remuneración de la actividad entre los socios, dividiendo la parte del beneficio destinada a remunerar el trabajo, entre dos, se justifica en el bien entendido que la situación y la actividad prestada por cada uno de ellos es equivalente. Para otras situaciones vid. lo que se dirá a continuación en *infra* § 25,II.

<sup>683</sup>No es de extrañar por ello que algún autor entienda que en el campo de las sociedades que nos ocupan, la falta de una previsión contractual al efecto en los casos de concurrencia de aportaciones de capital y de industria deba abocar a una solución de este tipo. Así se afirma que *"la equidad exigirá la desigualdad. Sin embargo, la "desigualdad equitativa" exigirá que no sean tenidos en cuenta como criterios distributivos exclusivos, ni las partes sociales respectivamente detentadas, ni el trabajo aportado, sino ambas cosas a la vez en una fórmula compensada"*. Así, MEZQUITA DEL CACHO, "Las sociedades de profesionales", ASN, VII, 1.993, p.411.

<sup>684</sup>Este tipo de reparto ha sido propuesto por el *Conseil Supérieur du Notariat* francés, y aprobado por la *Chancellerie*, siendo refrendado por gran parte de la doctrina francesa para las sociedades profesionales. V. LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, Paris, 1.974, p.230, n.281; TERRE "L'exercice en commun de la profession de notaire", J.C.P., 1970, 2302, p.37; CHAPPUIS, *Les sociétés civiles professionnelles notariales*, Lyon, n.113; P.CHARDERNON/J.MOURZITCH, *Formules commentées*, J.C.P., art.26. Merece destacarse no obstante la técnica especial para la remuneración -separada- del capital establecida para la generalidad de sociedades médicas francesas. (V. al respecto (J.MOURZITCH, "Sociétés des medecins", JCP. 1.977,II, n.1.2866; CH.POLI, "Les sociétés civiles professionnelles de médecins", en *Rev.soc.*, 1.977,p.635,n.2. La fórmula prescrita es que el interés anual estará limitado al tipo de los avances sobre los títulos de la Banca francesa reducida o aumentada en dos puntos según la naturaleza de las aportaciones sociales. Serán remuneradas por un interés reducido en dos puntos las partes representativas de derechos incorporeales como el derecho al arrendamiento, patentes, o el de la clientela. Por el contrario serán remuneradas por un interés mejorado en dos puntos las partes representativas de las aportaciones en numerario y las de bienes corporales mobiliarios o inmobiliarios. No tiene mucho sentido esta jeraquía que se ha establecido para la remuneración. En primer lugar porque pone en la misma categoría todos los derechos incorporeales, considerando a la clientela junto con otros derechos incorporeales que no tienen nada que ver con ella, y además no se encuentra ninguna justificación para remunerar con ventajas distintas la aportación de una biblioteca por ejemplo, o de materiales, que la del capital contribuyendo ambos tipos igualmente al ejercicio de la medicina. Esta diferencia de valoración incita a aportar más capital en vez de clientela. En todo caso, los asociados pueden decidir no remunerar la parte de capital. Entonces la totalidad de los beneficios se repartirá en función de criterios

3. Establecida una remuneración separada del trabajo y capital, el problema fundamental a resolver será el de *qué criterios deben adoptarse para remunerar la actividad de los profesionales.*

## II. CRITERIOS PARA LA REMUNERACION DE LA ACTIVIDAD DE LOS SOCIOS.

La concepción contractual de la empresa, que concibe ésta como un proceso de producción en equipo, asigna al empresario (titular residual) la función de seleccionar a los restantes miembros del equipo, de vigilar su comportamiento en ella y, *sobre todo, de determinar la remuneración que debe corresponder a cada uno de ellos.* Tal remuneración ha de coincidir con la contribución que el miembro del equipo realiza a la producción en común (marginal). De esta forma, se proporciona a todos los miembros del equipo los incentivos correctos para que cumplan su "contrato" con la sociedad<sup>685</sup>. Naturalmente, esta proposición es perfectamente aplicable a la sociedad profesional y pone de manifiesto la *importancia de la política de*

---

profesionales. Realmente la remuneración del capital en efecto, no será la misma si el tipo se establece variable. Cuando el tipo se establece fijo como en este caso (no hay duda que si queremos establecer este sistema para las sociedades españolas nos encontramos en primer lugar con el problema aquí ya resuelto de elegir los criterios sobre los cuales será calculado el tipo de interés) pueden correr riesgos los aportantes de capital cuando por ejemplo aumente el valor que puedan adquirir los diversos elementos del capital. Se podría a este respecto corregir el inconveniente previniendo una evaluación periódica del capital. En todo caso parece más aconsejable la anterior técnica propuesta.

<sup>685</sup> Un lugar común de la economía de la empresa nos informa de que la retribución de cada uno de los factores de la producción debe ser equivalente a su rendimiento marginal, es decir, a su contribución a la producción en equipo en que consiste la empresa. En sentido recíproco, la remuneración actúa como el estímulo fundamental para generar el nivel óptimo de productividad por parte de los factores de la producción cuando, como ocurre el seno de cualquier empresa, es difícil determinar cuál es la productividad marginal de cada uno de los participantes en el equipo. ALCHIAN/H.DEMSETZ, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *Am.Econ.Rev.*, 1.972, vol.62, pp. 777, traducido al español en PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 141-170, 143-144. "Para desarrollar una teoría aceptable de la empresa es fundamental comprender los incentivos internos, puesto que ellos determinan en gran medida el comportamiento de los individuos dentro de las organizaciones": G.BAKER/M.JENSEN/K.MURPHY, "Compensation and Incentives: Practice vs. Theory", *Journal of Finance*, 1.988, vol. 43, p. 593. También en este sentido B. ARRUNADA, *Análisis económico del Notariado*, Madrid, 1.995, p.39.

*remuneración de la actividad de los socios para garantizar el funcionamiento eficiente del equipo profesional.*

Además, a través de los criterios utilizados para fijar la remuneración de la actividad de los socios podemos conocer los comportamientos y actitudes que la sociedad desea alentar o desalentar. En efecto, la política de remuneración constituye la base de la política de selección de los profesionales a los que se desea atraer o mantener en la sociedad. En sentido contrario, una determinada política retributiva puede también desalentar a profesionales indeseables y promover la renuncia de aquellos cuya permanencia sea inconveniente<sup>686</sup>.

Tres son los criterios más extendidos en la práctica para remunerar la actividad de los profesionales: remunerar por igual su prestación de actividad (v. *infra* 1); basar la remuneración en la antigüedad y experiencia de los profesionales (v. *infra* 2) o, por último, determinarla en función de la productividad individual de cada profesional (v. *infra* 3)<sup>687</sup>.

#### *1. Retribución igual para remunerar la actividad de cada uno de los socios.*

1. Bajo este sistema, todos los profesionales reciben por su actividad la misma participación en beneficios. Se trata, pues, de una regla de reparto por cabezas. Como puede suponerse, se trata de un criterio escasamente apto para incentivar el esfuerzo los profesionales miembros. En efecto, este sistema genera importantes incentivos sobre cada uno de profesionales para reducir su

---

<sup>686</sup>Para una primera aproximación al estudio sobre los objetivos de la política retributiva vid. MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, pp. 456 ss.

<sup>687</sup>Si bien en la práctica normalmente aparecen interconectados, utilizándose a tal efecto elementos de uno y otro, nuestro estudio, a efectos de una mejor comprensión, se centrará en el modelo más puro de cada uno de estos sistemas.

esfuerzo productivo ("*shirking*"), especialmente si el número de socios es muy elevado. La razón se encuentra en que mientras el socio se "apodera" de la totalidad de la utilidad personal que su reducción de esfuerzos le proporciona (en forma, por ejemplo, de una vida más agradable), parte de los costes de su "buena vida" los desplaza sobre los demás socios. Se produce, pues, una suerte de "externalidad negativa" derivada del comportamiento del socio: el socio no tiene incentivos para trabajar duro en la medida en que no internaliza todo el coste de su menor esfuerzo<sup>688</sup>. En consecuencia puede afirmarse que este modelo genera conductas de "mínimo esfuerzo"<sup>689</sup>. En definitiva, no penalizar individualmente a un determinado socio ante un comportamiento no deseable en el cumplimiento de sus funciones, o por el contrario, el hecho de no recompensar mejores resultados, una mayor formación profesional, tiempo de dedicación, antigüedad, experiencia profesional, u otras semejantes, produce importantes efectos perversos en el sistema de incentivos y una asignación ineficiente en los riesgos.

2. Si, no obstante los inconvenientes descritos, observamos la utilización práctica de este criterio de retribución en el tráfico profesional en algunas ocasiones, la razón debe encontrarse en que el reparto igualitario debe proporcionar alguna ventaja sustantiva. En efecto, repartir igualitariamente los

---

<sup>688</sup>"Y entonces -dije-, "de qué sirve aprender a hacerlo bien, si hacerlo bien es pesado y no hay problemas por hacerlo mal y, además la paga es la misma?", cita recogida por MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, p. 243. De estos mismos autores: "la experiencia sugiere que la cantidad de trampas y engaños que ocurren en una organización es sensible a los incentivos existentes para ello. Además cuando las trampas no son castigadas, se extienden dentro de la organización", p. 295. En el mismo sentido, L.E. RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1991, vol.70, pp.40 ss, 56. ALCHIAN/DEMSETZ, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *Am.Econ.Rev.*, 1972, vol.62, pp. 777 ss, 780, trad. esp., PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, p.147.

<sup>689</sup>Consecuencia directa de ello es que este sistema requerirá, si pretende ser eficiente, de otros mecanismos adicionales de control y motivación. Así B.ARRUÑADA, *Economía de la Empresa*, p. 279. Sobre la importancia de la intensidad de la vigilancia (*monitoring*) sobre la actividad de los miembros, y su relación directa con la calidad de los servicios ofrecidos por la sociedad vid. lo que se dijo en *supra* § 18,1.

beneficios elimina la necesidad de *medir con precisión la aportación individual de cada profesional a los resultados del equipo social*, medición que, como puede suponerse, resulta enormemente costosa. Costes de medición aparecen siempre que una actividad se desarrolla en equipo, pero se agudizan en actividades como las profesionales donde la detección del incumplimiento resulta poco probable<sup>690</sup>. Así las cosas, es fácil suponer en qué supuestos será especialmente útil el recurso a un reparto igualitario: en aquellos casos en que, existiendo tal dificultad de evaluación, al mismo tiempo, todos los profesionales miembros de la sociedad sean "parecidos", en el sentido de que tengan una formación o cualificación profesional semejante (por ejemplo todos son catedráticos, o jefes de servicios médicos, etc). Si todos los socios tienen una formación y capital humano equivalente, el coste (en forma de errores en la remuneración) de este sistema de reparto no es excesivamente grande puesto que puede suponerse que todos los socios contribuyen de forma pareja a la producción de beneficios sociales, lográndose, sin embargo, la gran ventaja que presenta este sistema -frente a aquellos otros que pretenden de cualquier manera una diferenciación de remuneraciones de los profesionales-, es decir, un *ahorro de costes en lo referente a la toma de decisiones* relativas a la determinación de la remuneración correspondiente a cada profesional. Tal ahorro se produce porque la rigidez del sistema no deja espacio alguno para la discrecionalidad y, consecuentemente, se reducen notabilísimamente los "costes de influencia"

---

<sup>690</sup>Sobre esta cuestión vid. lo que se dirá en *infra* § 25,II,c. y la bibliografía allí citada.

asociados a la "búsqueda de rentas" en la medida en que los socios no tienen incentivos para tratar de influir sobre quién tiene que tomar la decisión<sup>691</sup>.

## 2. Criterio de antigüedad: concepto, eficiencia, y aplicación práctica.

1. El criterio de la antigüedad implica que los profesionales que más tiempo permanecen en la sociedad obtienen por su actividad una proporción mayor de los beneficios sociales que los profesionales más modernos. La aplicación de este criterio se funda en la producción de lo que, en la literatura económica, se denominan cuasirrentas, que son simplemente la diferencia entre los ingresos reales y los máximos ingresos alternativos, es decir, es cuasirrenta el exceso (o defecto)<sup>692</sup> de ingresos que obtiene un profesional como miembro de una sociedad profesional respecto a lo que podría obtener si, abandonando la sociedad, prestara sus servicios *aliunde*<sup>693</sup>.

El sistema se basa en la idea de que, durante el período inicial de la actividad -sus primeros años trabajando para la sociedad- el profesional recibe una retribución claramente inferior a su rendimiento marginal y, consiguientemente, a la que podría obtener alternativamente ofreciendo sus servicios en el mercado, esto es, fuera de la sociedad<sup>694</sup>. Durante esta etapa,

---

<sup>691</sup>Sobre estas cuestión vid. asimismo lo que se dirá en *infra* § 25,II,c. En relación a las ventajas de este sistema en un empresa vid. B.ARRUÑADA, *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Barcelona, 1.990, p. 279.

<sup>692</sup> En cuyo caso, hablaríamos de cuasirrentas negativas, como se expone inmediatamente en el texto.

<sup>693</sup>Para un aproximación a los conceptos de rentas y cuasirrentas, MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización y Gestión de Empresas*, pp. 316 ss.

<sup>694</sup>"En consecuencia, la sociedad [empresa] estaría en promedio, pagando en exceso a sus profesionales [empleados] más antiguos. Dado que la retribución debe ser igual al producto marginal a lo largo de la carrera del profesional [trabajador], se sigue que, en promedio la sociedad [empresa] paga a su profesionales [empleados] más jóvenes y recientes menos que sus productos marginales. La diferencia entre el producto marginal estimado y la remuneración [el salario] es, en efecto, una prima de seguro pagada por los trabajadores más jóvenes para protegerse contra futuras reducciones salariales": MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, p. 396.

pues, el profesional genera "cuasirrentas negativas". Por el contrario, durante el período medio-final de su pertenencia a la sociedad, el profesional percibirá unos ingresos por encima de sus máximos ingresos alternativos, es decir, el profesional obtiene una remuneración muy superior a la que podría obtener si ofreciese sus servicios fuera de la sociedad, generando *cuasi rentas* positivas. En otros términos, el exceso de ingresos de la etapa media-final (respecto del salario de mercado) retribuye inversiones previas, realizadas por el socio durante los primeros años de formación y ejercicio profesional, en los que, como hemos dicho, obtuvo ingresos inferiores a los de oportunidad. Lo que se gana pues, en la segunda etapa profesional a través de cuasi rentas, no es sino la retribución postpuesta o aplazada de sus inversiones previas.

El efecto fundamental de este sistema de remuneración consiste, obviamente, en que la efectiva obtención de la "recompensa" consistente en las cuasirrentas positivas de los últimos años depende críticamente de que continúe siendo socio llegada dicha etapa media-final. Si, por el contrario, abandona la sociedad con anterioridad, las inversiones realizadas no serán remuneradas. La pauta organizativa sobre la que se estructuran los sistemas de retribución fundados en la antigüedad es, pues, la *de remuneración aplazada*, es decir, la compensación retributiva de los profesionales miembros se encuentra notablemente aplazada en el tiempo de forma semejante a los que se denominan *salarios de eficiencia*<sup>695</sup>.

2. Este tipo de remuneración, muy extendido entre las grandes sociedades profesionales norteamericanas se articula, concretamente a través

---

<sup>695</sup>Para una amplia referencia a los salarios de eficiencia vid. MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización y Gestión de Empresas*, pp. 293 ss; sobre la consideración de la pauta retributiva de los notarios estructurada en base a los "salarios de eficiencia", vid. PAZ-ARES, *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1.995, pp. 115-116.



de lo que se denomina *lockstep seniority system*. De acuerdo con el mismo, los profesionales se adscriben a la "promoción" correspondiente al año en el que ingresan en la sociedad. De esta forma, todos los profesionales con la misma antigüedad pertenecen a la misma "promoción" o clase. La retribución de cada profesional viene determinada por la antigüedad de la promoción a la que pertenece<sup>696</sup>. Los miembros de cada promoción van ascendiendo, en principio, en virtud de la antigüedad relativa de su promoción respecto de las demás (*Lockstep sistem*) hasta alcanzar la posición de socio principal (*full share partner*)<sup>697</sup>. De esta forma, su participación en los resultados consta, por un lado, de la retribución que corresponde a sus contemporáneos (con los que forma la misma promoción) y, por otro, de la que corresponde a los

---

<sup>696</sup>Para una amplia referencia al mismo vid. R.J.GILSON/R.MNOOKING, "Sharing among the human capitalists: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stand. L. R.*, vol.37, (1.985), pp.313 ss. esp. 341 ss. y allí múltiples referencias. El caso más puro de este modelo, viene definido por los siguientes elementos: a) La participación de cada *partner* en los beneficios depende *enteramente* de su antigüedad, la cual se determinará sobre la base de la clase a la que ha sido asignado. b) La clase de cada *partner* depende únicamente del año en que fue admitido a la sociedad y no puede ser alterada. c) Todos los *partners* de una misma clase ganarán la misma renta d) Cada año la relación de las rentas entre los ingresos de los *partners* de distintas clases se fijará en base a criterios predeterminados.

<sup>697</sup>El modelo teórico de este sistema de reparto no depende ni de la existencia de una especial relación o proporción de la renta entre la promoción más veterana y la más reciente, ni del número de "peldaños" de que conste en cada época la "escalera" social. Lo fundamental, partiendo que los miembros de cada clase sean tratados por igual, es que los profesionales conozcan cuál es la retribución prevista para cada promoción y que dicha previsión se mantenga. En el mundo real las cosas, como fácilmente puede percibirse no son así. Una elevada diferencia de proporción entre las clases y un largo camino de ascensos significa que las cuasirentas de la sociedad no se van a cobrar hasta los últimos años de ejercicio profesional. En este panorama no puede despreciarse el riesgo de que una sociedad no pueda, por cualquier causa, continuar ejerciendo su actividad antes de que un profesional entrante haya alcanzado el tope. Consecuencia obvia de ello es que, la aversión al riesgo de los individuos puede desincentivar a los profesionales a entrar en este tipo de sociedad, o una vez dentro este sistema puede provocar un fuerte incentivo a que los profesionales abandonen en un momento dado la sociedad, ante una mejor oferta del mercado. En el otro extremo uno de los peligros que puede presentar este sistema es que el ascenso sea muy rápido y la sociedad pague a los profesionales en los primeros años, casi con la totalidad de las cuasi rentas esperadas en su vida profesional. En estos casos habrá un enorme incentivo para, o bien bajar los rendimientos una vez conseguidos los beneficios esperados, o bien abandonar -dependiendo de las preferencias de cada profesional entre desocupación o la renta que pudiera ganar trabajando para otra sociedad-. Frente a estos dos casos externos, la solución que se impone desde la lógica es el establecimiento de un sistema *lentamente progresivo*, capaz de minimizar estos problemas, y que pueda proveer a los profesionales a la obtención de las ganancias de la diversificación. Para una explicación gráfica de los peligros de estos dos casos, así como de la solución propuesta vid. GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, pp.343-345. No obstante, establecida esta progresividad apuntada, pueden sin embargo, aparecer comportamientos por parte de los profesionales capaces de acabar destruyendo los beneficios de la diversificación. Comportamientos a los que nos referimos a continuación en el texto.

profesionales más jóvenes (que, como hemos visto, cobran menos de lo que les correspondería de acuerdo con su productividad marginal)<sup>698</sup>.

3. Las *ventajas* del sistema de antigüedad pueden ordenarse como sigue.

a) El uso del criterio de la antigüedad, aunque en menor medida que bajo el sistema igualitario, *reduce drásticamente el número y la discrecionalidad de decisiones a tomar*. En efecto, la ventaja más inmediata de automatizar la decisión del ascenso y remuneración correspondiente, es la desaparición de incentivos que, con un sistema más discrecional -como puede ser la remuneración según la productividad individual-, pudieran tener los profesionales para dedicar recursos a influir en tales decisiones. Consecuencia de ello es la reducción de los costes de "búsqueda de rentas" o *rentseeking* en que se incurre<sup>699</sup>.

b) Desde un punto de vista colectivo, todo sistema de reparto basado en la antigüedad favorece que los profesionales se desentiendan de la productividad individual y concentren sus esfuerzos en maximizar las ganancias sociales, porque sus ganancias como socio no dependen ya de lo que el produzca individualmente o de su contribución individual a las ganancias de la sociedad, sino de lo que la sociedad obtenga en su conjunto,

---

<sup>698</sup>GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, p.342. La idea apuntada en el texto descansa a su vez en la visión que de las *law firms* americanas sostiene gran parte de la doctrina de aquel país, que las contempla como un arreglo organizativo en virtud del cual los abogados (*partners*) con exceso de capital humano (fundamentalmente de clientela) pueden encargar los servicios a abogados con un exceso suplementario de trabajo (*associates*) bajo condiciones que son mutuamente beneficiosas. Sobre la consideración de las firmas *as an internal market for the lending and borrowing human capital*, vid. lo que se dijo en supra §21. I, y la abundante bibliografía allí citada.

<sup>699</sup>Sobre esta minimización de costes en el ámbito notarial, gracias al criterio de la antigüedad vid. B. ARRUNADA, *Análisis económico*, p. 62, y 105-107. Sobre lo que en la literatura económica se denomina "búsqueda de rentas" o *rentseeking*, vid. lo que se dirá en *infra* § 25.II.c, a propósito del sistema de remuneración por productividad, por ser en este método retributivo, donde el problema aparece más agudamente.

ya que su retribución se calcula en forma de un porcentaje de dichos beneficios. Consecuentemente, estará interesado, no en maximizar los beneficios de su actuación, sino en maximizar los beneficios de la sociedad en su conjunto. Simultáneamente, este sistema asegura la calidad del servicio profesional que presta la sociedad, precisamente, porque, al depender la retribución individual de las ganancias sociales, los socios tienen incentivos para vigilar la conducta del resto de los socios. Todos los profesionales tendrán interés en el eficaz cumplimiento de la actividad de sus compañeros en la medida que las ganancias de la sociedad dependen del esfuerzo del conjunto. De ahí que este sistema intensifique la función de *monitoring* de los socios, convirtiendo a cada uno de los profesionales miembros en vigilante de los rendimientos ajenos, lo que contribuye a *acentuar el rendimiento profesional del conjunto y la calidad de los servicios prestados por la sociedad*<sup>700</sup>.

c) Desde un punto de vista individual este sistema de antigüedad incentiva a los profesionales a trabajar dura y honradamente durante la época más productiva de su vida sin necesidad de ser sometidos a un control y vigilancia exhaustivos. En efecto, aunque la probabilidad de que se descubra su incumplimiento (en forma de rendimiento escaso o cualquier otro tipo de *shirking*) sea pequeña, la sanción que sufrirían en caso de ser descubiertos sería muy grande porque su expulsión de la sociedad -sanción indudable- les impediría obtener los beneficios "extra" que esperan alcanzar en la etapa medio-final de su vida profesional (equivalente a las cuasirrentas que obtendrían si alcanzaran la posición de socio principal): habrían estado recibiendo una retribución inferior a la que podrían haber obtenido en el

---

<sup>700</sup>Sobre la labor de *monitoring* de los socios vid. lo que se dijo en *supra* § 17,I,3, y § 18,I, a propósito de la racionalidad económica de las sociedades profesionales.

mercado sin compensación alguna. La amenaza de perder esas cuasirrentas, estimula una conducta honesta y competente en el ejercicio de su actividad, acentuándose así la calidad de los servicios prestados por cada uno<sup>701</sup>. Si la sociedad pudiera estar segura de que el profesional que se incorpora a la misma trabajaría con la misma intensidad aun cuando hubiera adquirido la condición de socio principal inmediatamente, no necesitaría utilizar el sistema de la remuneración aplazada. Bastaría con utilizar un sistema de remuneración proporcional.

Junto a ello, e indirectamente, el aplazamiento en la retribución característico de este sistema de remuneración, favorece la *(auto)selección de profesionales con un determinado talante*: disciplinados, preverantes, trabajadores y quizá sobre todo, *capaces de sacrificarse y esperar*<sup>702</sup>. En efecto, el hecho de aceptar durante unos años una remuneración muy por debajo del rendimiento marginal individual refleja lo que en términos económicos se califica como un *tipo de descuento reducido*, esto es, personas que valoran menos las ganancias a corto plazo que las ganancias a largo plazo<sup>703</sup>. La selección de este tipo humano lo logra el sistema de antigüedad

---

<sup>701</sup> Sobre cómo la expectativa de obtener un flujo de cuasirrentas en el futuro, incentiva automáticamente a que los productores preserven la calidad de los productos o servicios que proveen vid. G.S.BECKER/G.J.STIGLER, "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", *J.Legal Stud.*, 1.974, vol.3, pp. 1-18; B.KLEIN/K.LEFFLER, "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", *J.Pol.Econ.*, 1.981, vol.89, pp. 615-641; O.E.WILLIAMSON, "Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *Am.Econ.Rev.*, 1.983, vol.73, pp. 519-540; C.SHAPIRO, "Premium for High Quality Products as Returns to Reputations", *Quarterly Journal of Economics*, 1.983, vol.98, pp. 659-679; C.SHAPIRO, "Premium for High Quality Products as Returns to Reputations", *Quarterly Journal of Economics*, 1.983, vol.98, pp. 659-679; MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, pp. 395 ss.

<sup>702</sup> Es cierto que muchos profesionales acuden a estas firmas por una razón mucho más concreta. No persiguen alcanzar la posición de socio principal sino obtener una formación de calidad en los primeros años de ejercicio profesional. En estos supuestos, lo que sucede es que el salario monetario es inferior al salario de mercado sólo nominalmente. El profesional cobra un salario bajo porque parte del mismo adopta la forma de "capital humano". En la medida en que se trate de capital humano general (es decir, aquél que el profesional podrá utilizar en otros trabajos), el propio profesional "paga" por él en forma de un salario inferior al de oportunidad.

<sup>703</sup> Vid., PAZ-ARES, *Sistema notarial*, p. 110.

de un modo indirecto. El tipo humano que, espontáneamente, desearía trabajar en la sociedad es una persona con el talante arriba indicado, porque para estas personas, el coste de la espera es inferior al que implica para personas que desean obtener rápidamente ingresos elevados<sup>704</sup>. La autoselección de individuos con las características indicadas es pues, un "subproducto" del sistema de remuneración. Dado que la espera es menos costosa para personas con tipo de descuento reducido, cabe esperar que, *ceteris paribus*, se ofrecerán para trabajar en este tipo de empresas, aquellos profesionales que tengan tales características.

Por lo tanto, en función de la actividad profesional de que se trate, si es deseable un tipo humano de estas características, el sistema de antigüedad lo proporciona "gratuitamente".

d) La utilización del criterio de antigüedad permite además *obtener las ventajas que, en términos de eficiencia, se derivan, con carácter general, de la diversificación de riesgos*<sup>705</sup>. En efecto, al no hacerse depender la remuneración de cada profesional de su rendimiento o producción individual, se consigue alejar a éstos de los riesgos inherentes a su capital humano, protegiendo así a los profesionales individuales contra las variaciones que podrían producirse en su renta individual ante el impacto de eventos externos sobre su productividad personal como son, por ejemplo, la enfermedad o cualquier otro tipo de desgracia personal. Repárese en este sentido que, mediante este sistema, los profesionales obtienen sus beneficios, dividiéndose no sólo la futura renta de sus contemporáneos, sino también la

---

<sup>704</sup>Para una amplia referencia bibliográfica de los sistemas de autoselección vid. B.ARRUÑADA, *Análisis económico*, p. 57, nt.21. Vid. también MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, pp. 183 ss.

<sup>705</sup>Recuérdese en este sentido lo que en *supra* § 17.II, se dijo a propósito de la incapacidad de los profesionales de evitar los riesgos asistemáticos, y la repercusión que ello tiene en la obtención de renta.

futura renta de aquellos profesionales que se encuentren en otros niveles de experiencia.

4. Como cualquier otro sistema realmente existente, no se trata de una "comida gratis". Los *inconvenientes* que plantea pueden deducirse sin dificultad si se atiende al criterio de reparto sobre el que se estructura. Como es sabido, en este modelo de remuneración se produce un reparto *ex ante* del negocio, colocando la renta de la sociedad en otra base distinta que la respectiva de los productos marginales, acordado todo ello en un tiempo anterior a que estos productos marginales sean conocidos. Como puede suponerse, los eventuales problemas que pueden surgir, se originarán cuando el profesional descubra posteriormente sus productos marginales actuales, lo que puede desembocar en comportamientos oportunistas. En términos más simples, los socios pueden resultar "decepcionados" del rendimiento de sus consocios:

a) El más típico comportamiento oportunista consiste en que el socio más productivo que, sin embargo comparte sus ganancias con los otros, reduzca su esfuerzo, trabaje menos -*shirking*-, al saber que en todo caso no va a recibir la renta que verdaderamente le correspondería por su actividad por tener que compartirla con aquellos que, perteneciendo a su clase, o bien trabajan menos -actuando como *free-rider* en los esfuerzos de los otros-, o bien realizan actividades menos productivas. En efecto, si un miembro del equipo puede reducir su esfuerzo sin una reducción proporcional en sus ingresos, aparece una motivación individual para el remoloneo. De la misma forma, si el profesional que hace un esfuerzo adicional no puede obtener la totalidad de los beneficios derivados de dicho esfuerzo, sino que ha de

compartirlo con el grupo, resulta evidente que sus incentivos para realizar dicho esfuerzo adicional se reducen<sup>706</sup>.

b) El otro inconveniente es que el profesional más productivo abandone la sociedad y realice la actividad por su cuenta como única forma de obtener íntegramente la renta correspondiente a su capital humano<sup>707</sup>.

Naturalmente ninguno de estos inconvenientes llegarían a producirse en un mundo donde no existieran costes transaccionales. En este mundo, todos los socios estarían perfectamente informados, los contratos especificarían de forma completa el comportamiento esperado de cada individuo en cada actuación; el actual rendimiento de los individuos podría ser detallado. En este mundo los individuos en las sociedades no tendrían incentivo para actuar de una manera oportunista porque una desviación de su comportamiento específicamente detallado en el contrato sería rápidamente identificado y sancionado<sup>708</sup>. Sin embargo, existiendo como existen estos costes transaccionales en nuestra realidad, el profesional puede actuar oportunistamente en la sociedad, maximizando su propio interés a expensas del interés de la sociedad, reduciendo o incluso eliminando las ganancias de la cooperación<sup>709</sup>.

---

<sup>706</sup>El problema del *shirking* ha sido en Estados Unidos, el punto más criticado de este modelo. Vid. MOLDENHAUER, "Formula and Nonformula systems for distributing partnership net income", 13 *Law off.econ. & Mgmt.*, 21, 27 (1.972); LEIBOWITZ/TOLLISOON, "Free riding, shirking, and team production in Legal Partnership", *Econ. Inquiry*, vol. 18, 1.980, pp. 380 y ss.

<sup>707</sup>Sobre éste y algún otro comportamiento oportunista v. GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1.985, vol. 37, p. 353-371.

<sup>708</sup>Este mundo sin costes transaccionales es el propio de un mercado de competencia perfecta, sobre el que se basa la formulación económica clásica. Es también el mundo de COASE. Vid. una síntesis, así como una posición crítica respecto del mismo, junto con la bibliografía citada en H.B.SCHÄFER/C.OTT, en *Manual de análisis económico del derecho civil* trad. por M.VON CARSTENN-LICHTERFELDE, Madrid, 1.986, p. 94-95; Vid. también P.MILGROM/ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, pp. 151 y ss, a propósito de la imperfección de los contratos.

<sup>709</sup>Vid., O.WILLIAMSON, "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations", *J. Law & Econ.*, 1979, vol. 22, p. 233.

5. La *solución* para evitar cualquier comportamiento oportunista, pasa -como fácilmente puede entenderse-, por establecer una serie de incentivos que motiven a los profesionales para cumplir el contrato sin perder las ganancias provenientes de la diversificación. Pasamos a continuación a analizar qué tipo de incentivos pueden ser los más eficaces<sup>710</sup>.

a) Por lo que respecta al problema de la reducción del nivel individual de esfuerzo -*shirking*-, la solución podría encontrarse en la creación y transmisión de una *cultura sobre la ética en el trabajo*<sup>711</sup>, que enseñe los nuevos profesionales que se incorporen no sólo la correspondiente técnica profesional en el trabajo sino la actitud con que éste debe ser llevado a cabo, mentalizando a los profesionales acerca de la importancia de la calidad profesional como un fin independiente de la remuneración económica. En términos más familiares a los juristas, se trataría en definitiva de crear en los profesionales una suerte de *afectio societatis*. En la medida en que los profesionales internalicen la idea de que es "justo" y decente esforzarse por

---

<sup>710</sup>Para el análisis de estos incentivos nos vamos a basar fundamentalmente en la llamada "Teoría de la Agencia" (*Agency Theory*). Esta Teoría como ahora diremos no constituye sino un segundo desarrollo a la "Teoría de la Cartera" (*Portfolio Theory*) que ya analizamos en *supra* § 17,II. Tal y como vimos, la aplicación de la *Portfolio Theory* a las sociedades profesionales, contemplaba a éstas como un mecanismo organizativo que permitía obtener las ventajas de la diversificación del capital humano de los profesionales. Pues bien, la *Agency Theory* como desarrollo a esta anterior, muestra los obstáculos para capturar las ganancias provenientes de la diversificación, así como los métodos por los cuales esos obstáculos pueden ser parcial, aunque nunca enteramente, vencidos. La *Agency Theory*, sirve en definitiva, para explicar a las sociedades u organizaciones como un esfuerzo para reducir los costes de la cooperación -*agency costs*-, manteniendo a los individuos, a través de una serie de incentivos, en el término de los contratos, eliminando así los comportamientos oportunistas, y favoreciendo la obtención de las ganancias provenientes de la diversificación. Sobre la misma vid. FAMA/JENSEN, "Agency problems and residual claims", 26, *J.L. & Econ.*, 327, 334-336 (1983); FAMA, "Agency problems and the theory of the firm", 88, *J.Pol.Econ.*, 288 (1980); JENSEN/MECKLING, "Theory of the firm: managerial behavior, Agency Costs and Ownership structure", 3*J.Fin.Econ.*, 305 (1976); ROSS, "The economic theory of agency: the principal's problem", 63 *Am.Econ.rev.papers & proc.*, 134 (1973); GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists..", *Stand. L. R.*, vol.37, (1985), p.332-339.

<sup>711</sup>Vid., RHODE, "Ethical perspectives on legal practice", 37 *Stan.L.Rev.*, 589-628 (1985); R.C.O.MATHEWS, "the economics of professional ethics: should the professions be more like business?", 101 *The Economic Journal*, (Julio 1991) 737-759; GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1985, vol.37, pp. 371-380.



proporcionar un servicio de calidad, la disminución del esfuerzo generará una (auto) "sanción" que contribuirá a la reducción automática del riesgo de conductas oportunistas consistentes en reducción del esfuerzo individual<sup>712</sup>.

A nuestro juicio, esta que se ha dado en llamar *antishirking culture* constituye más un conjunto de buenas intenciones -a la que cualquier fórmula organizativa deben tender-, que un mecanismo efectivamente aplicable para solucionar realmente el problema planteado. Aunque no puede dudarse que, en conjunción con mecanismos incentivadores eficaces, puede contribuir a reducir los costes de agencia, debe recordarse, también que, como se ha afirmado con acierto, "la *moralina* puede ir bien en los discursos políticos, pero difícilmente es una guía recomendable para tomar decisiones"<sup>713</sup>. En nuestra opinión, la mejor solución para resolver este problema, pasa por completar el sistema fundado sobre el criterio de antigüedad, con un criterio de retribución variable en función de los resultados individuales que, conjuntamente, decidan la remuneración del profesional en función de los méritos personales y profesionales de cada uno. De esta forma sin renunciar a los beneficios de la diversificación, se incentivaría a los profesionales para que se esfuercen en llevar a cabo su trabajo de la forma más diligente y eficaz<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup>"Todo miembro de un equipo preferiría pertenecer a uno en el que nadie, ni siquiera él mismo remolonee. En ese caso los verdaderos costes y valores marginales se igualarían para alcanzar las posiciones óptimas. Si se pudiera imponer un interés común en no remolonear, bajo la forma de lealtad al equipo o espíritu de equipo, el grupo sería más eficiente (...). Las sociedades anónimas y las firmas de socios tratan de inculcar un espíritu de lealtad": A. ALCHIAN/DEMSETZ, "Producción, Costes de información", en *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 162-163.

<sup>713</sup>Así, B. ARRUÑADA, *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, p.263. La concepción de la empresa como "una familia" funciona sólo en empresas muy peculiares en los que tales discursos van acompañados de incentivos tales que los empleados tienen razones prácticas para pensar, efectivamente, que su suerte está ligada -positivamente- a los resultados de la compañía.

<sup>714</sup>Esta combinación eficiente entre el criterio de antigüedad (el cual es la base) y el criterio de variabilidad en función del mérito de cada uno, constituyen las dos líneas básicas del sistema de remuneración de los notarios. Sobre la eficiencia de ese sistema v. B. ARRUÑADA, *Análisis económico*, pp. 37 ss.

b) Por lo que respecta al otro peligro mencionado, es decir, el riesgo de abandono de los profesionales más eficientes, la clave para resolverlo consiste en crear *capital específico de la sociedad*, de tal forma que el profesional eficiente que desee abandonar la sociedad haya de contar con la pérdida del mismo si decide acudir a otra empresa en el mercado<sup>715</sup>. Es decir, de lo que se trata es de crear *cuasirrentas sociales*<sup>716</sup>.

Para entender la importancia de este *capital social específico* (o generación de cuasirrentas en la sociedad) es necesario distinguirlo respecto del capital individual de los profesionales miembros.

Todo profesional que desarrolle su actividad en una sociedad está realizando una inversión de su capital humano. El valor de esta inversión se puede contabilizar como el valor capitalizado de la renta que dicho profesional podría esperar ganar, abandonando la sociedad y tomando otro empleo alternativo.

Por su parte, el valor del *capital específico*, constituye el valor capitalizado de la diferencia entre las ganancias de la sociedad como institución u organización, y el valor capitalizado de las rentas de sus distintos profesionales si estos capitales humanos fuesen realizados fuera de la sociedad. En otros términos las cuasirrentas en una sociedad se miden por lo que los socios dejarían de ganar si prestan sus servicios fuera de la sociedad. Este capital específico o cuasirrentas de la sociedad únicamente revierten en

---

<sup>715</sup>Esta es también la solución que propone la Teoría de la Agencia. Vid., en este sentido, GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists.", *Stand. L. R.*, vol.37, (1.985),p.353-368. En relación con este capital específico de la sociedad Vid. el análisis de la formación específica necesaria para la producción de este capital en la monografía de G.BECKER, *El Capital Humano*, Madrid, 1.983, p. 38 y ss.

<sup>716</sup>Sobre el significado de las cuasirrentas de una sociedad vid. lo que se dijo más arriba.

aquellos profesionales que trabajen en la sociedad, perdiéndose en aquellos otros que abandonen la misma<sup>717</sup>.

Si un profesional puede esperar ganancias superiores dentro de la sociedad a las que podría obtener fuera de ella, es decir, trabajando en otra organización, es, normalmente porque la sociedad ha conseguido, por ejemplo, generar una clientela propia. Si la clientela "es" de la sociedad, el socio ha de contar con que, si la abandona, perderá los ingresos "extra" asociados a la misma. Por lo tanto, si se pretende generar cuasirrentas sociales o capital específico de la sociedad, es esencial asegurar la estabilidad de la relación con los clientes de modo que éstos se sientan más clientes de la sociedad que del profesional individual que le atiende. Si los socios pueden considerar que los clientes son "suyos" y no de la sociedad, los incentivos para abandonar ésta una vez formada una clientela suficientemente amplia, están servidos<sup>718</sup>.

Además, la sociedad puede generar capital específico construyendo *reputación social*. La reputación propia de una sociedad será la que resulte de la calidad de los servicios ofrecidos<sup>719</sup> y la que permitirá a la sociedad -como

---

<sup>717</sup>Un ejemplo de este capital específico puede ser el de una sociedad de abogados que cuenta entre sus clientes con un importante banco. Si a pesar de la salida de uno o varios de sus socios el banco continúa como cliente de la sociedad y no de aquellos abogados que han abandonado la misma, se dice que la relación con el banco constituye un bien del capital específico de la sociedad, y los beneficios que este banco produzca a la sociedad únicamente afectarán a los abogados que se mantengan en la misma.

<sup>718</sup>La importancia de fomentar una relación estable clientes-sociedad, por parte de los profesionales miembros, es lo que provoca que muchos autores consideren necesario un reconocimiento especial a aquellos profesionales que contribuyan a fomentar la mencionada estabilidad en las relaciones de los clientes con la sociedad: *Production of new clientes is an important factor in the well-being of the firm as a whole and should be appropriately recognized. Time spent on activities which contribute to the prestige of the firm...should also be evaluated. ... The final factor... is the time spent on the cultivation and maintenance of clientes relations. Of great importance to the prosperity of the firm is the continuation of an established client relationship*, palabras de John P. BRACKEN, transcritas por F.S. Mc CHENESNEY, "Team production, monitoring and profit sharing in law firms: an alternative hypothesis", *J. Legal Stud.*, 1.982, vol. 11, n.2, pp. 379-393, 392. Sobre la importancia de fomentar esta relación vid. también GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1.985, vol. 37, pp. 357 ss, esp. 369-370.

<sup>719</sup>Como ya tuvimos ocasión de ver a propósito del análisis de la racionalidad económica de las sociedades profesionales *supra* § 15 ss, resulta muy difícil al cliente poder valorar la calidad de los servicios profesionales

ocurre en cualquier caso en el que un empresario vende en el mercado un producto de calidad- cobrar un precio por sus servicios superior al coste marginal. Se trata, por tanto, de asociar la idea de calidad no con la prestación individual de cada profesional, sino con la "marca" de la sociedad profesional evitando así que la reputación individual de los distintos profesionales pueda constituir un incentivo para los más reputados para abandonar la sociedad y aprovechar, en exclusiva, dicha reputación.

Parece evidente deducir de cuanto se acaba de exponer que, cuanto mayor sea la importancia de este capital social específico o cuasirrentas de la sociedad, mayor será la pérdida que experimentará el profesional individual si abandona la sociedad por un empleo alternativo, y por ende menor la tentación a abandonar la sociedad.

El recurso a la utilización de incentivos individuales y la creación de capital social específico pueden completarse con otros mecanismos que, en la práctica, se han revelado también eficaces para proporcionar incentivos eficaces a los profesionales que trabajan bajo este sistema de remuneración. Nos referimos a la jubilación obligatoria (*infra* c) y a la existencia de un régimen sancionador (d).

---

que ha contratado, incluso después de haber recibido el servicio (calificándose a los mismos como bienes de confianza o crédito *credence o confidence good*). La sociedad deberá pues, encargarse de asegurar a sus clientes la calidad de los servicios que ofrece. Para ello pueden utilizarse tanto estrategias que tiendan directamente a revelar a los clientes la calidad de los servicios (el que los profesionales miembros escriban por ejemplo en revistas de conocido prestigio profesional, el que sean llamados a participar en congresos especializados en su actividad, en que hayan sido objeto de diferentes reconocimientos públicos [con títulos, premios, nombramientos, menciones especiales..] en su carrera profesional..), como estrategias que constituya más bien signos indirectos de la calidad de la misma (así por ejemplo la existencia de una amplia cartera de clientes con reconocida capacidad para juzgar la calidad de servicios que reciben, constituirán un signo indirecto de la calidad de la sociedad para un futuro potencial cliente, que sin ser capaz de juzgar personalmente esa calidad, podrá tomar como referencia la estabilidad de esa reconocida clientela ya existente). Asegurada la calidad por cualquiera de los posibles métodos (métodos y estrategias que, por otro lado, variarán fundamentalmente según el tipo de clientela a la que vaya dirigida), se logrará adquirir una reputación en el mercado que servirá para mantener una estabilidad en las relaciones con la clientela. Vid. GROSSMAN, "The informational role of warranties and private disclosure about product quality", 24 *J.L. & Econ.*, 461, (1981); WIGGINS/LANE, "Quality uncertainty, search, and advertising", 73 *Am. Econ. Rev.*, 881 (1983); DE ANGELO, "Auditor Size and Audit quality", 3 *J. Acct. & Econ.*, 183, 185-189 (1981); C. SHAPIRO, "Premium for High Quality Products as Returns to Reputations", *Quarterly Journal of Economics*, 1983, vol. 98, pp. 659-679.

c) Parece razonable pensar que, en las sociedades con un sistema de remuneración mediante cuasi-rentas, una *regla de jubilación forzosa*, coadyuvaría a mantener el equilibrio en términos de valor actual entre los flujos de productividad y retribución de cada individuo<sup>720</sup>. La razón se comprende sin dificultad ya que, de no establecerse, probablemente muchos de los socios veteranos que perciben una remuneración anual superior a su productividad, querrían seguir permaneciendo en la sociedad *ad aeternum*, de tal forma que se destrozaría la proporción entre los valores del descuento por juventud y la prima por antigüedad<sup>721</sup>.

El funcionamiento continuado de una regla de jubilación forzosa que establezca por ejemplo el retiro obligatorio a una cierta edad tiene dos consecuencias principales sobre la calidad de los servicios profesionales y sobre el riesgo que asumen los candidatos a socios cuando deciden invertir en su carrera profesional.

aa) Por un lado la jubilación obligatoria sirve para poner límite al incentivo de los profesionales veteranos a prolongar su actuación profesional en la sociedad más allá de lo que sería razonable desde el punto de vista de la calidad del ejercicio profesional. Este incentivo tiene sus raíces en la existencia de cuasirrentas cuantiosas y en las dificultades que comportaría un intento de ajustar el retiro a las características individuales.

---

<sup>720</sup>Aplicamos literalmente en este punto para las sociedades profesionales, lo que B.ARRUÑADA propone en la remuneración aplazada de los notarios. V. B.ARRUÑADA, *Análisis económico*, pp.45-48. Vid. asimismo el trabajo de E.P.LAZEAR, "Why Is There Mandatory Retirement?", en *J.Pol.Econ.*, 1979, vol.87, n.6, pp. 1261-1284, sobre el que en buena medida se basan las apreciaciones del primer autor mencionado.

<sup>721</sup>Proporcionan un ejemplo a este respecto las empresas japonesas que son famosas tanto por retribuir de forma creciente con la antigüedad a sus trabajadores permanentes como por la temprana edad a la que les obligan a jubilarse (en torno a los 55 años). Sobre las relaciones laborales de las empresas japonesas vid. los trabajos citados por ARRUÑADA, *Análisis económico*, p.45, nt.9, así como el interesante estudio comparativo de A.L.KALLEBERG/J.R.LONCOLN, "The Structure of Earnings Inequality in the United States and Japan", en *American Journal of Sociology*, 1988, vol.94, Supplement, pp. 121-.153.

bb) Un segundo motivo, seguramente más importante para que sea necesaria una regla de jubilación forzosa es la conveniencia de introducir un mayor grado de certidumbre en el sistema de incentivos, así como la de evitar que los profesionales se vean obligados a prolongar su actuación profesional más allá de lo que desean. Si la edad de jubilación fuera voluntaria los profesionales más longevos y/o con preferencias hacia el trabajo en edad avanzada se apropiarían de una porción mayor de las cuasirrentas totales de la sociedad, al contrario que los menos longevos o con preferencia hacia el ocio, quienes se verían perjudicados. Por este motivo la decisión de hacer carrera profesional sería más arriesgada<sup>722</sup>.

d) A ello podría añadirse el establecimiento de un régimen sancionador. El funcionamiento de todo sistema de incentivos basado en la retribución mediante cuasirrentas parece requerir que la percepción de éstas no sea *enteramente* automática o independiente de las variaciones de rendimiento que en cada caso se consideren relevantes. En efecto, para que los incentivos operen de forma eficaz es preciso que, en caso de incumplimiento, peligre efectivamente la percepción de tales cuasirrentas. En este sentido y sin perjuicio de los regímenes disciplinarios de cada profesión, los cuales establecen para los casos más extremos la expulsión del cuerpo profesional, se observa la existencia de un *régimen sancionador*. A partir de ahí su carácter más o estricto dependería de la voluntad social, la cual quedaría reflejada en la tipificación de faltas y sanciones concretas que se establezcan en la

---

<sup>722</sup>Podría plantearse -tal y como propone ARRUÑADA- una acción colectiva de los profesionales de modo que todos ellos se vieran obligados a posponer su jubilación para obtener la rentabilidad esperada de su inversión profesional. Sobre los efectos a largo y corto plazo de promulgar una regla de jubilación forzosa cuando previamente ha venido rigiendo una norma de jubilación voluntaria, así como el adelantamiento de la edad de jubilación forzosa vid. ARRUÑADA, *Análisis económico*, pp. 47-48.

escritura social<sup>723</sup> y, sobre todo, en el conjunto de sanciones informales, pero quizá más efectivas que caracterizan la práctica de cualquier organización.

### 3. Sistema de productividad individual como criterio de reparto. Concepto y eficiencia

1. El sistema de la productividad marginal como criterio de reparto, supone que los *beneficios de la sociedad se reparten únicamente en función de la productividad individual de cada profesional*. La sociedad debe determinar la contribución relativa de cada profesional a la productividad de la sociedad y dividir los beneficios de acuerdo con esa determinación<sup>724</sup>. La retribución en función del rendimiento puede basarse en una estimación más o menos objetiva, según los indicadores -especificados con antelación- sobre los que repose este sistema<sup>725</sup>.

---

<sup>723</sup>A este respecto se ha conluido en relación a la eficacia del régimen de sanciones que: (1) El grado óptimo de sanción no es el grado máximo: el funcionamiento de un régimen sancionador óptimo es compatible con una baja tasa de sanciones, pues, cuando las penas potenciales son eficaces en desanimar el incumplimiento tanto éste como las sanciones serán escasas. (2) El grado óptimo de sanción difiere con el tipo de falta: al evaluar que grado de incumplimiento es tolerable conviene distinguir fundamentalmente dos tipos de faltas, según se cometan contra terceros o contra los propios profesionales. Afirmaciones éstas realizadas partiendo de la observabilidad del régimen sancionador de los notarios, las cuales son perfectamente aplicables al régimen sancionador de un sociedad profesional. Para una profundización de las mismas vid. B.ARRUÑADA, *Análisis económico*, pp. 48 ss.

<sup>724</sup>Sobre el mismo vid. REED, "Income Determination & Distribution", *Legal Econ.*, 1.979, vol.5, pp. 12 ss; BASILE/SANDBACH, "Practical Aspects to Implementing the Profit Center Concept of Income Distribution", *Legal Econ.*, 1.981, vol.7, pp. 37 ss; CANTOR, "Dividing Firm Income in the 1980's", *Law Office Econ. & Mgmt.*, 1.982, vol.23, pp. 191 ss; J.M.MALCOMSON, "Work Incentives, Hierarchy, and Interanal Labor Markets", en *J.Pol.Econ.*, 1.984, vol.92, pp. 486-507.

<sup>725</sup>El margen es muy amplio: en el extremo de lo objetivo se encuentra la remuneración a destajo puro en función de la cantidad de trabajo producido; en el extremo opuesto (valoración subjetiva) se encuentra una distribución de la renta social enteramente discrecional, a valorar por aquellos profesionales -que habiéndose nombrado por las partes- se encargen de aplicarla. Para un estudio de los problemas de la evaluación objetiva y subjetiva en el ámbito de las empresas vid. B.ARRUÑADA, *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, pp. 261 ss.

2. La *ventaja* más evidente del sistema de productividad individual es que *reduce el peligro del shirking* -más acentuado como hemos visto en el criterio basado en la antigüedad-. En efecto, al asociarse directamente la retribución al rendimiento individual se crean importantes incentivos para que los profesionales trabajen con la vista puesta en maximizar los resultados de su actividad<sup>726</sup>.

3. Como puede suponerse este sistema no está exento de costes. Los de mayor envergadura pueden ordenarse como sigue. En primer término, problemas relativos a la medición de la producción individual (a); en segundo lugar el número y la discrecionalidad de la decisiones (b); en tercer lugar el hecho de que el uso del mismo no permite obtener las ventajas que, en términos de eficiencia, se derivan, con carácter general, de la diversificación de riesgos (c); por último los conflictos de intereses individual y societario (d)<sup>727</sup>.

a) El primer problema que este sistema plantea es como se ha dicho, la *dificultad de medición de la actividad profesional*. El problema en efecto, es cómo medir esa productividad individual para, en función de la misma, poder atribuir la remuneración correspondiente.

En un mercado de competencia perfecta (formulación económica clásica, a la que responde este sistema de remuneración), se asume de forma implícita la existencia de una organización (en este caso sería la sociedad),

---

<sup>726</sup> Así para las sociedades profesionales L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss, 56; Para una conclusión similar como compensación al management, vid. JENSEN/MURPHY, "Performance Pay and Top-Management Incentives", en *J.Pol.Econ.*, 1.990, vol.98, pp. 225 ss.

<sup>727</sup> Sobre las dificultades de este sistema vid. MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, pp. 454 ss; B.ARRUÑADA, *Economía de la empresa*, pp. 262-264, 284-286; P.G.BACKER/M.C.JENSEN/K.J.MURPHY, "Compensation and Incentives: Practice vs.Theory", *Journal of Finance.*, 1.988, vol.43, n.3, pp. 593-616, esp. 596 ss.



que asigna las remuneraciones a los factores de acuerdo con su productividad<sup>728</sup>. Sin embargo, bajo el modelo clásico de producción y distribución, no se aborda directamente el problema de los *medios* para determinar la productividad y las remuneraciones. La razón se encuentra en que, fundándose el mismo en un mundo sin costes transaccionales, se tiende a suponer que la producción genera automáticamente su remuneración.

Obviamente, la realidad no se corresponde -ni se trata de lograr tal cosa- con el modelo teórico: descubrir cuál es el rendimiento individual y remunerar en función del mismo es un proceso que implica unos *costes de medición*. Esta dificultad de medición de la producción individual, se acentúa aún más en ámbitos como el de la actividad profesional, donde la detección del incumplimiento resulta poco probable<sup>729</sup>. En efecto, la contribución de cada profesional a los resultados de la sociedad no es directamente visible o comprobable porque la simple observación de la actividad de un profesional no da muchas pistas en cuanto a su verdadero rendimiento. Como se ha dicho, muy expresivamente, "mientras resulta relativamente fácil gestionar o dirigir la carga de camiones por un equipo de estibadores, en la que la actividad de los factores está tan relacionada de una forma evidente con la producción,

---

<sup>728</sup>Para una primera aproximación a las condiciones básicas del modelo del mercado de competencia perfecta, el cual ha ejercido un papel muy importante en el desarrollo de la teoría económica vid. P.A.SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. esp., 17ª ed., Madrid, 1.976, pp. 417 ss.

<sup>729</sup>Sobre la problemática de la medición y la producción en equipo vid. A.ALCHIAN/H.DEMSETZ, "Production, Information Costs, and Economic Organization", *Am.Econ.Rev.*, 1.972, vol.62, pp. 777 ss, 780,786, trad. esp. en PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 141-170, 146: "En la producción en equipo, los productos marginales de los miembros del equipo cooperativo no son tan fácil y separadamente observables, es decir, no son tan baratos de observar. Lo que un equipo ofrece al mercado puede considerarse el producto marginal de un equipo, pero no de los miembros del equipo. El coste de medir o averiguar los productos marginales de los miembros del equipo es lo que genera la búsqueda de nuevas organizaciones y sistemas". Sobre esta problemática en el marco de sociedades profesionales en L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss, 55. Sobre esta problemática de medición en puestos ocupados por personal altamente cualificado vid. MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, pp. 433 ss, 506-507. Sobre la dificultad de medición en el campo notarial vid. PAZ-ARES, *El Sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1.995, p. 116.

resulta más difícil gestionar o dirigir a un abogado en la preparación y presentación de un caso: Los estibadores pueden recibir instrucciones concretas sin que el supervisor tenga que cargar el camión personalmente, y los trabajadores de una línea de montaje pueden ser supervisados variando la velocidad de la línea, pero dirigir con detalle la preparación de un caso jurídico exigiría en mucho mayor grado que el propio supervisor entre a prepararlo personalmente. Como resultado, los factores artísticos o profesionales, como abogados, publicitarios y médicos, tendrán una mayor libertad en lo que se refiere a su conducta individual"<sup>730</sup>.

Hay, pues, que recurrir a medios o formas indirectas de medición para asignar la retribución individual, como por ejemplo el número de horas trabajadas, la calidad del trabajo realizado, el volumen de clientela captado, etc<sup>731</sup>. En cualquier caso, parece evidente que las apreciaciones subjetivas del

---

<sup>730</sup> Así, ALCHIAN/DEMSETZ. "Producción, costes de información, y, organización económica", en *La naturaleza económica de la empresa*, p. 156. En contra de esta dificultad K.A.KORDANA, "Law Firms and associate Careers: Tournament Theory versus the Production-Imperative Model", *The Yale L.J.*, 1.995, vol.104, pp. 1.907 ss. quien afirma que no existen dificultades serias de monitoring a la hora de evaluar el output de un profesional (abogado): *For associates in large corporate law firms, output often consists of documents written by a single attorney. Therefore, even when a team of lawyers is working on a case, it is not particularly difficult to keep track of the output of individual attorneys.* En esta misma línea parecen moverse FAMA/JENSEN, "Agency problems", *J.L.of Econ.*, p. 334: *Services are rendered in individual cases by one or a few professionals. Responsibility for variation in the quality of services is easily assigned to individual agents, and the performance of agents is often well known to clients.*

<sup>731</sup> Así, una de las soluciones al problema de la medición ha venido por la propuesta de fijar teóricamente la remuneración de los profesionales miembros, determinando la compensación de éstos fuera de la sociedad, en un empleo en el que se le exigieran similares cualificaciones de educación, experiencia y capacidad. En contra del mismo se ha afirmado que, incluso comparando salarios profesionales tampoco puede ser usado un *standar*, porque el salario es una función de circunstancias diferentes. Un profesional puede aceptar un salario bajo a cambio de un menor riesgo en términos de inseguridad laboral o variabilidad de la renta. Además -se añade- aunque la oportunidad de pago fuera de la sociedad sea conocida, esto no tiene porque condicionar la remuneración en la misma por que los servicios del profesional pueden ser más (o menos) valorables dentro de la sociedad que fuera de ella. Sobre el tema v. L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis od professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss. Otras soluciones incorporando distintos elementos de medición, en J.HOFFMAN, "One step forward and ant two steps backward -goodwill as a distributable asset of a law partnership", *Akron Law Review*, 1.986, vol.20, pp. 157-174; BASILE/SANDBACH, "Practical Aspects to Implementing the Profit Center Concept of Income Distribution", *Legal Econ.*, 1.981, vol.7, pp. 37 ss; CANTOR, "Dividing Firm Income in the 1980's", *Law Office Econ. & Mgmt.*, 1.982, vol.23, pp. 191 ss; REED, "Income Determination & Distribution", *Legal Econ.*, 1.979, vol.5, pp. 12 ss; ROSE, "A Plan for Distributing Profits of Law Firm", en *New York Law Journal*, 1.985, vol.25.

rendimiento son ineliminables y los sucedáneos "objetivos" para medir tal rendimiento son siempre relativos y nunca exactos<sup>732</sup>.

La dificultad de medición aumenta por el hecho de que en el ámbito de los servicios profesionales, el valor de lo que cada uno aporta a la sociedad es, a menudo, inseparable del valor aportado por la combinación del servicio del resto de socios<sup>733</sup>. Por ejemplo los profesionales pueden trabajar más eficientemente porque determinados socios se ocupan exclusivamente de vigilar el comportamiento de los otros socios, existiendo en estos casos una conjunción de fuerzas entre el *monitoring* y la actuación personal de cada uno<sup>734</sup>. En este y otros casos donde el valor de la contribución de una persona dependa fuertemente de las acciones y decisiones de otros (o en su caso de factores que pueden no haber sido previstos en el momento de regular expresamente el nivel y el tipo de actividad exigible a cada profesional), intentar ligar la retribución al rendimiento individual podría conducir a resultados aleatorios en la aplicación de la política retributiva<sup>735</sup>.

b) Este sistema aumenta, además, exponencialmente el *número y discrecionalidad de las decisiones* necesarios para fijar la remuneración de cada profesional. Si la remuneración se fija de acuerdo con la productividad individual ello implica que, de forma periódica tengan que tomarse decisiones a cerca de la productividad o rendimiento de cada uno y en función de ello

---

<sup>732</sup>Para una relación de los puntos comunes de la literatura sobre incentivos puede verse en B.ARRUÑADA, *Economía de la empresa*, pp. 262-264, 284-285.

<sup>733</sup>Vid. GILSON/MNOOKIN, "Sharing Among", en *Stan.L.Rev.*, 1.985, vol.37, pp. 348-350. Este es así mismo el problema planteado por JENSEN/MURPHY, "Performance Pay and Top-Management Incentives", en *J.Pol.Econ.*, 1.990, vol.98, pp. 225 ss, en relación a la compensación que corresponde por el rendimiento marginal en el ámbito del *Chief executive officer: it is very difficult to isolate the contribution of the chief executive officer from those of the other team members*.

<sup>734</sup>Así L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss, 55; J.HOFFMAN, "One step forward and two steps backward -Goodwill as a Distributable Asset of a Law Partnership", *Akron Law Review*, 1.986, vol.20, pp. 157-174.

<sup>735</sup>Así, MILGROM/ROBERTS, *Economía, Organización*, p. 433.

atribuir una remuneración, con la multiplicación consiguiente de los riesgos de discrecionalidad y error en las retribuciones asignadas. Además, la renegociación periódica de las remuneraciones maximiza los costes asociados al problema de la "*búsqueda de rentas*" o *rentseeking*<sup>736</sup>. Dado que la retribución de cada profesional depende de tales decisiones, los profesionales tienen incentivos para dedicar tiempo y esfuerzo a tratar de influir sobre las mismas y sobre las personas que hayan de tomarlas, "costes de influencia" que implican un derroche absoluto en cuanto de los mismos no se obtiene aumento productivo alguno. Naturalmente, cuanto más discrecional sea el sistema de evaluación del rendimiento de los profesionales, mayor serán los incentivos para aumentar los costos de influencia.

c) Los riesgos y costes mencionados no son, sin embargo, los fundamentales. El peor efecto de un sistema de retribución basado en la productividad individual consiste, probablemente, en que genera un conflicto gravísimo entre el interés individual del socio y el interés común o social. En efecto, si la retribución se basa en el rendimiento individual, el profesional tratará de maximizar su rendimiento despreocupándose de la actuación de los restantes profesionales, despreocupación que puede producir graves daños a la maximización del beneficio social.

aa) Así este conflicto de intereses puede llevar a la no creación efectiva de *capital específico* o cuasirrentas sociales. La instauración de un sistema de productividad incentiva en efecto, a los profesionales para invertir en su propio capital humano a expensas del capital de la sociedad.

---

<sup>736</sup>Para un estudio de lo que en la literatura económica se denomina "búsqueda de rentas", vid. una amplia consideración dentro del campo organizativo en MILGROM/ROBERTS, "Employment Contracts, Influence Activities, and Efficient Organization Design", J.Pol.Econ., 1.988, vol.96, n1.1, pp. 42-60; de los mismos autores "An Economic Approach to Influence Activities in Organizations", American Journal of Sociology, vol.94, Suplemente 1.988, pp. 1154-1179. Un resumen de su teoría en MILGROM/ROBERTS *Economía, Organización*, pp. 316 ss.

Resulta imprescindible, pues, estipular una remuneración expresa para la atracción de clientela para la sociedad de forma que se generen cuasirrentas sociales, so pena de que pierda cualquier eficacia un sistema basado en la productividad individual. Si el profesional no obtiene remuneración adicional alguna a cambio de generar clientela *para la sociedad* y no clientela *individual*, el profesional se encontrará incentivado para acumular clientela propia, de forma que se limitará a captar únicamente aquélla que él personalmente pueda atender<sup>737</sup>. Por otro lado, este comportamiento puede afectar la calidad del servicio prestado, ya que este sistema incentivará a los profesionales a realizar *todos los servicios* que requiera el cliente, antes de pasar el asunto a otro colega de la sociedad que se encuentre mejor preparado para el caso.

Por lo que respecta al otro elemento esencial del capital específico de la sociedad, su reputación profesional, las consecuencias son semejantes a las aquí apuntadas: la remuneración por productividad individual creará incentivos para que los profesionales inviertan en su propia reputación individual a expensas de la reputación de la sociedad porque, en tales circunstancias, es más rentable invertir en el propio capital humano que en capital de la sociedad.

bb) Intimamente ligado con lo anterior *el sistema de productividad individual favorece el que se produzcan "aberraciones"*, sin obtenerse un rendimiento efectivo. En efecto, cualquiera que sea la medida de rendimiento fijada por la sociedad, (horas trabajadas, clientes que se aportan, casos o proyectos realizados, etc. ), este sistema incentivará a que los profesionales dediquen su tiempo y esfuerzo únicamente al elemento/s que se toman en

---

<sup>737</sup> Así, GILSON/MNOOKING, "Sharing Among", *Stan.L.Rev.*, 1.985, vol.37, pp.369-370.

consideración para la remuneración, abandonando cualquier otro<sup>738</sup>. Así por ejemplo en el caso de remuneración se fije en función de trabajo realizado - por ejemplo casos resueltos en un despacho de abogados-, se sacrificará la calidad y preparación de los mismos en aras del número de casos llevados personalmente por cada abogado. Si se quieren casos resueltos se consiguen casos resueltos. Pero ello no puede equipararse a que la sociedad al lograr ese objetivo consiga realmente los fines que buscaba, con lo que se destruye la eficacia que se pretendía obtener con el mismo<sup>739</sup>.

d) A ello debe añadirse que la remuneración por productividad individual, al contrario que el criterio de antigüedad, *no permite obtener las ventajas que, en términos de eficiencia, se derivan, con carácter general, de la diversificación de riesgos*, manteniendo a los profesionales en los riesgos inherentes a su capital humano, sin permitir consecuentemente obtener las ganancias de la diversificación<sup>740</sup>. Se introduce así un elemento de aleatoriedad en la remuneración que genera incertidumbre: el profesional no sabe lo que va

---

<sup>738</sup> Así, GILSON/MNOOKING, "Sharing among the human capitalists", *Stand. L. R.*, 1.985, vol.37, pp. 346 ss; B.ARRUÑADA *Economía de la empresa: un enfoque contractual*, pp. 262.

<sup>739</sup> Este problema conduce a que el sistema de medida haya de ir haciéndose cada vez más complejo, con el fin de *interiorizar* en el profesional esas aberraciones. Sobre la secuencia de interiorización de aberraciones en una evaluación objetiva vid. la explicación y representación gráfica de B.ARRUÑADA, *Economía de la empresa*, p.263.

<sup>740</sup> La ausencia de diversificación de capital humano debe entenderse como una ausencia de capitales específicos desarrollados por los profesionales ante el peligro que el desarrollo de los mismos podrían generar en la obtención de rentas. Entre esta falta de diversificación se nos ocurre no sólo la ausencia de especialidades profesionales (por el riesgo que una única inversión en las mismas puede producir tal y como vimos en *supra* § 17.II), sino asimismo en las pautas laborales. En efecto, existiendo diversificación de riesgos, no hay problema alguno a que en un despacho de abogados por ejemplo, alguno o varios de ellos se dediquen a una labor más de relaciones públicas, de atracción de clientela, actuando en círculos propicios para ello, mientras que aquellos que no cuenten con esas dotes se dediquen más a una labor interna de trabajo e investigación. Por el contrario en un sistema de productividad individual la ausencia de reparto de rentas dificulta en mucho esta posibilidad. V. GILSON/MNOOKING, "Sharing Among", *Stanford L.Rev.*, 1.985, vol.37, pp. 353 ss, esp. 369-370; L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss.

a ganar el mes que viene. Si se pone enfermo -riesgo asistemático-<sup>741</sup>, no cobrará. Situación ésta que puede generar un coste implícito en términos de tensión nerviosa.

### III. LIMITES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LOS SOCIOS.

1. Establecidas las ventajas y los inconvenientes de los criterios más usuales de remuneración de la actividad de los profesionales serán los socios quienes deban decidir la opción retributiva -o la combinación de los distintos criterios- que resulte oportuno promover. La libre elección del sistema de reparto está sujeta no obstante, a ciertas limitaciones. Nos referimos a los límites genéricos de la libertad contractual general y societaria en particular. Los primeros no presentan especialidades en el ámbito de las sociedades profesionales, por lo que procede remitir su análisis a los trabajos que se han ocupado de los mismos con carácter general. No sucede lo mismo en relación a los segundos.

2. Dos son los límites societarios contemplados en este punto en el ámbito de las sociedades de personas: la prohibición de pactos leoninos (art. 1.691 Cc), y la prohibición de confiar a uno de los socios la determinación de la parte de cada uno en las ganancias sociales (art. 1690 II Cc). El primero, en realidad no es más que una concreción en el Derecho de la prohibición de los pactos usuarios, prohibidos genéricamente por el artículo 1255 CC<sup>742</sup>, por lo

---

<sup>741</sup> Vid. de nuevo *supra* §17 II, a propósito de la racionalidad económica de las sociedades profesionales y su consideración como instrumentos para adquirir las ganancias de la diversificación de capitales y riesgos.

<sup>742</sup> Ha de entenderse por tanto que constituye una *prohibición general* de suerte que rige para toda clase de sociedades, civiles y mercantiles (v. por todos GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.201). Para un estudio de la *ratio* de esta prohibición, ámbito de aplicación y consecuencias de la infracción de la prohibición v. DIEZ-

que procede concentrar nuestra atención en la prohibición legal de confiar al *arbitrio de una parte* el reparto de las pérdidas y ganancias sociales.

La *ratio* que inspira el precepto es la misma que informa el art. 1256 CC: impedir que el contrato quede a merced de uno de los contratantes<sup>743</sup>, *ratio* reflejada también en preceptos como el artículo 1115 (nulidad de la condición puramente potestativa) o el artículo 1449 (nulidad del pacto de determinación unilateral del precio en la compraventa), que permiten inducir en nuestro ordenamiento una *regla general prohibitiva del arbitrio de una de las partes del contrato*. No sucede así en el caso del arbitrio de un tercero. En efecto, en los preceptos en los que el Código rechaza de forma fragmentaria el arbitrio de una de las partes en los negocios jurídicos, va simultáneamente admitiendo el arbitrio de un tercero. De ahí la afirmación de que "la función que dentro de un negocio jurídico puede ser encomendada a un tercero, no puede en nuestro derecho positivo, ser prestada por una de las partes"<sup>744</sup>.

3. Como puede suponerse, la cuestión que ha de decidirse, en el ámbito de las sociedades profesionales consiste en determinar si la prohibición del arbitrio de parte contenida en el art. 1690 CC, niega la validez a aquellas cláusulas estatutarias que atribuyen a la decisión mayoritaria de los socios el reparto o distribución de los beneficios sociales. La respuesta es, como puede imaginarse, afirmativa. En la medida que la determinación de las cuotas de participación afectan a las *posiciones individuales* de todos los socios, repercutiendo desigualmente sobre los mismos, debe entenderse que *su*

---

PICAZO, "Pactos leoninos", *Estudios De Castro*, I, pp. 569-575; PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.691, pp. 1443-1448.

<sup>743</sup> Así GARCIA GOYENA, al comentar el artículo 979 del Pr.1851, de donde procede el art. 1256. En el mismo sentido DIEZ-PICAZO, *Comentario*, II, art.1256, p.433.

<sup>744</sup> DIEZ-PICAZO, *Arbitrio*, pp. 100-101.



*determinación no puede quedar al arbitrio de la mayoría, que no es sino una parte del contrato social*<sup>745</sup>.

Pues bien, esta conclusión resulta ciertamente desesperanzadora en sociedades profesionales y en general, en las sociedades donde la aportación fundamental de los socios es una aportación de industria. La razón puede comprenderse sin dificultad. En estas sociedades, el reparto del beneficio va ligado, según hemos visto, total o parcialmente (según se utilice un sistema de retribución individual o un sistema de antigüedad) a la calidad y cantidad de esfuerzo aportado por cada socio, y tratándose de aportaciones de trabajo, éste sólo puede juzgarse dentro y una vez transcurridos los períodos de reparto. En definitiva este tipo de cláusulas resultan imprescindibles para la correcta aplicación de cualquiera de los sistemas de retribución que se han descrito hasta aquí en la medida en que incorporen algún elemento de discrecionalidad o de retribución según resultados individuales en el reparto de beneficios. Es sabido por lo demás que en la gran mayoría de las sociedades profesionales la práctica usual consiste precisamente en reservar una parte del beneficio para que sea distribuido por la asamblea de socios de conformidad con los criterios de productividad que estimen oportuno establecer. La *realidad societaria profesional* no se corresponde pues, con la *regla de derecho* establecida por el legislador. De lo que se trata pues, es de intentar racionalizar la prohibición general del recurso al arbitrio de parte -y por tanto, también al de la mayoría- al objeto de establecer la debida correspondencia entre la realidad social y la regla de derecho.

A tal efecto lo que ha de determinarse es *qué debe entenderse por el concepto jurídico de arbitrio de parte*. La doctrina mayoritaria viene

---

<sup>745</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, p.1443. En el mismo sentido negativo si bien con otra argumentación -a nuestro juicio más débil-, CAPILLA, *Com.Edersa*, p.391, según BATTLE, *Código civil de Scaevola*, XXV-21, p.108.

entendiendo que el mismo incluye tanto el mero arbitrio como el arbitrio de equidad. Sin embargo a nuestro juicio, la interpretación debe ser otra. En efecto, si la prohibición de la remisión a la libre voluntad de una de las partes (*arbitrium merum*) tiene una justificación indudable, tal justificación no parece igualmente razonable si la aplicamos a la prohibición del arbitrio entendido, como juicio objetivo o conforme a las reglas de equidad (*arbitrium boni viri*)<sup>746</sup>. El concepto de arbitrio de una de las partes debería corresponderse en realidad con el concepto del arbitrio de un tercero, esto es, teóricamente debería poder asignársele a la parte -o en su caso a la mayoría- el mismo ámbito de aplicación que al tercero, y ello porque si como parece, lo que realmente se quiere impedir es una *actuación parcial* por parte del socio o socios llamado a decidir, eso mismo podría conseguirse requiriendo que su decisión en vez de enteramente libre, quedara sometida a las reglas de equidad, tal y como se exige a todo tercero que actúe como arbitrador de un contrato (arg. ex art. 1690 I CC)<sup>747</sup>. La posibilidad de que una parte del contrato actuara como arbitrador vendría avalada además por el hecho de que en la designación de arbitradores por las partes, no se exige *a priori* que el

---

<sup>746</sup>En este sentido SCAEVOLA/BATTLE, *Código*, XXV-2, p.103. Asimismo DIEZ-PICAZO, quien si bien en un primer momento defendió el arbitrio de parte desde un planteamiento de *lege ferenda* (Así en *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, p.104) recientemente lo hace en otros términos en "La formación del contrato", ADC, 1995,I,pp. 5-31, al afirmar que "Se puede entender válida la remisión al arbitrio de una de las partes en la fijación del precio, siempre que éste sea realizado de acuerdo con un arbitrio boni viri con la consiguiente remisión a un arbitrio corrector". En el mismo sentido J.R.GARCIA VICENTE/J.A.MARTIN PEREZ/M.J.VAQUERO PINTO, "La determinación de los honorarios profesionales. (En particular el arbitrio de parte), en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 69 ss, 90-91, quienes afirman que "lo realmente prohibido, si atendemos a la finalidad perseguida por la norma es el puro capricho o la eventual extravagancia (las cuales) pueden darse aunque sea un tercero el que deba proceder a la determinación de la prestación si ni se ponen límites a su decisión, y puede conjurarse en el caso de que deba realizarla la parte si existen tales límites". "En realidad (...) lo que repugna al ordenamiento no es el juego de la voluntad unilateral sino el de la voluntad inmotivada o de la pura potestatividad" (p.92). Para el contrato de sociedad defienden esta postura CAPILLA, *Com.Edersa*, p.390 y PAZ-ARES, *Comentario*, II, p.1442.

<sup>747</sup>Sobre la capacidad para ser arbitrador, vid., A.M.LOPEZ Y LOPEZ, *Comentario*, art.1.447 CC, pp. 890-891.

tercero tenga una carencia de interés, o presente compatibilidad, toda vez que siempre cabe la impugnación de su decisión<sup>748</sup>.

Por lo demás la prohibición del arbitrio de equidad ni se ajusta a nuestro Derecho histórico, ni al Derecho comparado, ni a la práctica más generalizada. En efecto, la prohibición *in genere* es *contraria a una prolongada tradición romanista* que venía admitiendo expresamente en numerosos textos la posibilidad de remisión al arbitrio de una de las partes, siempre y cuando ésta procediera de manera equitativa<sup>749</sup>. Asimismo esta concepción ha sido rechazada expresamente por alguna legislación moderna, que admite sin mayor problema el arbitrio de equidad. En concreto el *ordenamiento alemán, permite que la prestación objeto del contrato pueda ser determinada por una de las partes contratantes*, presumiéndose que la determinación ha de hacerse conforme a un juicio equitativo en cuyo caso la determinación efectuada sólo es obligatoria para la otra parte cuando es conforme a la equidad, pudiendo ser revisada por falta de equidad, por la autoridad judicial (§315 BGB)<sup>750</sup>. A ello debe unirse además que, *la exigencia de un criterio tan estricto supone un desconocimiento de la realidad jurídica*<sup>751</sup>. Así son frecuentes los casos en los que la determinación del

---

<sup>748</sup>En definitiva tal y como ha sido propuesto por la mejor doctrina, el arbitrio de parte y el arbitrio de tercero podrían unificarse en la idea única del arbitrio en los negocios jurídicos o "arbitrio negocial", constituyendo pues, dos especies del mismo género. Así, DIEZ-PICAZO, *Arbitrio*, p.106.

<sup>749</sup>Vid. amplia información a este respecto en DIEZ-PICAZO, *Arbitrio*, pp. 101-102; J.R.GARCIA VICENTE/J.A.MARTIN PEREZ/M.J.VAQUERO PINTO, "La determinación de los honorarios profesionales. (En particular el arbitrio de parte)", en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 69 ss, 84.

<sup>750</sup>V. por todos el comentario de SÖLLNER al § 315 BGB en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 1997. Otras referencias semejantes de antecedentes extranjeros en CAPILLA, *Com.Edersa*, XXI-1, p.389.

<sup>751</sup>Para un panorama general de los distintos supuestos en los que la determinación del precio -no concretado en el contrato- no se deja al arbitrio de un tercero, sino que viene determinada en función de criterios tales como el precio usual, común, de mercado o simplemente un precio razonable (Así por ejemplo arts. 1448 Cc; 277 II y 304 C de c; art. 11 Ley de Contrato de Agencia, etc), asicomo el supuesto de mero arbitrio del art. 1447 II CC vid. ampliamente J.R.GARCIA VICENTE/J.A.MARTIN PEREZ/M.J.VAQUERO PINTO, "La determinación

contenido de la prestación u otros elementos del negocio se remite a una de las partes. Tal es el caso de los honorarios profesionales, que normalmente no son convenidos en el momento de celebrars el contrato, quedando remitidos al arbitrio del profesional que presta el servicio, quien debe proceder según *arbitrium boni viri*, atendiendo a los baremos colegiales y a las peculiares circunstancias contractuales que concurran, tales como su propia reputación profesional, la dificultad, pertinencia de trabajos complementarios, etc<sup>752</sup>. En cualquier caso la admisibilidad del arbitrio de parte en estos casos pasa -como no podría ser de otro modo-<sup>753</sup>, por la posibilidad de su impugnación por excesivos (v., por.ej., 12, 423 y 427 L.E.C)<sup>754</sup>.

Pero sin duda el argumento más sólido que avala esta, nuestra consideración proviene del propio derecho societario. Nos referimos al artículo 66 LSRL que en materia de remuneración de administradores, establece que dicha remuneración "será fijada *para cada ejercicio por*

---

de los honorarios profesionales. (En particular el arbitrio de parte), en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 99 ss.

<sup>752</sup>Vid. abundantes referencias jurisprudenciales en este sentido en F.LUCAS FERNANDEZ, "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales", ADC, 1.983, pp. 1.496 ss. En concreto sobre la naturaleza "puramente orientativa" de los baremos colegiales de honorarios tras la reforma de 1997 de la Ley de Colegios profesionales vid. J.R.GARCIA VICENTE/J.A.MARTIN PEREZ/M.J.VAQUERO PINTO, "La determinación de los honorarios profesionales. (En particular el arbitrio de parte), en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 103 ss; L. CALVO SANCHEZ, *Régimen jurídico de los Colegios profesionales*, pp. 219 ss. 518 ss.

<sup>753</sup>La posibilidad de impugnación de la decisión por falta de equidad parece consustancial a la institución misma. Rechazarla significa convertir el arbitrio en arbitrariedad. El arbitrio es ante todo un juicio. Declararlo inimpugnable por razones de fondo, de motivación, eximirlo de control, sería desnaturalizarlo": DIEZ-PICAZO, *Arbitrio de tercero*, pp. 333-334. Afirmación que si bien se refiere al arbitrio de tercero es igualmente aplicable al arbitrio de parte.

<sup>754</sup>Así por ejemplo el artículo 12 LEC acepta la determinación realizada por el profesional mediante la presentación de la minuta: "*Los Abogados podrán reclamar del procurador y si éste no interviniera, de la parte a quien defiendan, el pago de los honorarios que hubieren devengado en el pleito, presentando minuta detallada y jurando que no le han sido satisfecho (...)*. Pero a continuación se preve la posibilidad de impugnación (..."*pero si el apremiado impugna los honorarios por excesivos*"), creando un procedimiento específico para facilitarla y proceder a la revisión judicial de los honorarios considerados excesivos. En general sobre el fundamento que permite calificar unos honorarios como excesivos y que justifica su reducción vid. GARCIA VICENTE/MARTIN PEREZ/VAQUERO PINTO, "La determinación de los honorarios profesionales", en *Der.Priv.y Const.*, 1997, n.11, pp. 116 ss.

*acuerdo de la Junta General*, admitiendo así expresamente el recurso al arbitrio de la mayoría. Naturalmente por razones obvias ha de entenderse que el precepto se refiere al arbitrio de equidad y no a la libre voluntad de los socios. Pues bien, en consonancia con este precepto parece razonable entender que si la Junta general puede fijar para cada ejercicio la retribución de los administradores, también podrá determinar la retribución de las prestaciones accesorias<sup>755</sup>, lo que llevado a términos más generales podría interpretarse como una *derogación societaria expresa* a esa prohibición *in genere*, que permite fundamentar con carácter general la posibilidad de que la remuneración de la actividad de los socios pueda ser determinada por la propia sociedad, según criterios de equidad. En efecto, si del precepto mencionado puede deducirse sin dificultad la posibilidad de remunerar la prestación de actividad articulada a través del recurso a las prestaciones accesorias, no se ve porqué habría de impedirse esta facultad cuando la misma se realizase a título principal, como sucede en el ámbito de las sociedades de personas.

No obstante lo anterior, y al objeto de preservar a las minorías frente a la arbitrariedad y el abuso en que eventualmente pudieran incurrir las mayorías, sería aconsejable adoptar *de lege ferenda* dos tipos de cautelas o garantías, cualquiera que fuese el tipo social adoptado por la sociedad profesional. La primera sería que los estatutos sociales se encargaran de fijar los criterios generales objetivos con arreglo a los cuales debiera determinarse el reparto (facturación, aportación de clientes, capital reputacional, etc). Dentro de estas bases generales debería permitirse que las reglas estatutarias remitieran a la asamblea o la Junta de socios la determinación de las cuotas de

---

<sup>755</sup>En el mismo sentido A. PEREZ SANZ, "Las prestaciones accesorias en las sociedades de Responsabilidad Limitada", en *Tratando*, pp. 393 ss, 408.

participación en resultados, siempre y cuando ésta procediera de manera equitativa, fundando así la posibilidad de su impugnación judicial cuando tal equidad hubiera estado ausente. La segunda es que, en cualquier caso, el acuerdo de reparto estuviese respaldado al menos por la mayoría absoluta de la sociedad. Ambas cautelas constituyen por lo demás la propuesta sancionada por la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales, añadida a la regla autorizativa en virtud de la cual se permite que los estatutos encomienden a la mayoría cómo ha de hacerse el reparto del resultado del ejercicio (art. 9.2 BALSP).

4. Por lo que respecta a las sociedades de capital, merece una referencia especial el límite a la autonomía de la voluntad que el legislador impone en la nueva ley de sociedades de responsabilidad limitada, respecto a la *cuantía máxima de la retribución con la que pueden remunerarse las prestaciones accesorias*, la cual no podrá exceder en ningún caso del valor que le corresponda a la prestación (art.23 LSRL)<sup>756</sup>. Prohibición que en definitiva constituye un límite a la posibilidad de remunerar a los profesionales por encima del valor de mercado de su prestación. Como puede suponerse la *ratio* de la prohibición legal es impedir que por esta vía se efectúe un reparto encubierto de beneficios, y con ello se produzca un agotamiento del capital social. El problema práctico que se plantea en estos casos es, como puede imaginarse, determinar cuál es el valor que corresponde a la prestación. Dificultad de medición o determinación que como hemos visto se acentúa especialmente en el ámbito de los servicios profesionales, al no existir un

---

<sup>756</sup>Límite que tampoco resulta extraño en otros ordenamientos de derecho comparado. Así por ejemplo en el Derecho alemán, el § 61 AktG, relativo a la remuneración de las prestaciones accesorias establece que las mismas, de acuerdo con los estatutos, podrán ser remuneradas, pagándose una cantidad que no supere el valor de las mismas, con independencia de que el balance presente o no beneficios".

valor de mercado preciso o estrecho que permita comparar la remuneración asignada por la sociedad. Ello podría aconsejar la valoración por un experto independiente, pero como es sabido la Ley ni siquiera la impone respecto a las aportaciones no dinerarias. Faltando criterios de valoración, el Registrador no podrá en consecuencia denegar la inscripción, por lo cual la tutela de terceros por agumiento del capital únicamente podrá venir por vía judicial. La conclusión que puede obtenerse de ello no se deja esperar: pese a los términos imperativos que utiliza el legislador, bien puede afirmarse que la ley "ha abdicado de un control efectivo de la cuantía de la retribución en prestaciones accesorias"<sup>757</sup>, lo que en definitiva priva de un valor efectivo a la mencionada prohibición. En concreto, y por las razones ya vistas, en el ámbito de los servicios profesionales siempre podrá justificarse cualquier remuneración como adecuada al valor de mercado de la prestación.

## § 26. Promoción en la carrera de los socios.

1. La previsión de un sistema de promoción profesional dentro de las sociedades profesionales constituye un mecanismo esencial si existe una intención de continuidad profesional en el tráfico. Lo mismo que los mecanismos de retribución, los sistemas promocionales se configuran como incentivos económicos tanto para atraer a nuevos profesionales a la sociedad, como conseguir la permanencia de los que ya forman parte de la misma.

2. Como puede imaginarse, *la regla general* es que planificación y el fomento de las carreras profesionales dentro de estas sociedades, debe

---

<sup>757</sup> Así, F.J. ARANGUREN URRIZA, "Prestaciones accesorias", en *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, [GARRIDO DE PALMA (dir.)], Madrid, 1996, pp. 583 ss, 591.

regularse por la *autonomía de la voluntad de las partes*. La práctica contractual americana, es sin duda, donde la previsión de estos sistemas aparece más desarrollada, lo que ciertamente no resulta extraño si se tiene en cuenta que es en aquel país donde el ejercicio societario de la profesión se encuentra más extendido, contando con sociedades de centenares y hasta miles de profesionales.

El sistema tradicionalmente utilizado por las firmas americanas para articular la promoción profesional dentro de la sociedad, es el conocido como sistema de "ascender o marcharse" (*up or out system*), siendo considerado como el método más eficiente en orden al *mantenimiento de la calidad del capital humano* de sus miembros<sup>758</sup>. Mediante este sistema los profesionales que no llegan a convertirse en *partners* -en períodos que varían según las propias sociedades, y según las profesiones de que se traten<sup>759</sup>-, son obligados a abandonar la sociedad, incluso cuando ellos puedan ser todavía capaces de jugar un papel económicamente beneficioso para la sociedad<sup>760</sup>. Este sistema permite a la sociedad ir calibrando las cualidades de los profesionales durante todo el período de formación y, en la medida en que la sociedad pueda garantizar que lo aplicará con justicia e imparcialidad, proporciona al

---

<sup>758</sup>Para los orígenes de este sistema ver R.NELSON, *Partners with power*, 1.988, pp. 72-73; M.GALANTER/T.PALAY, *Tournaments of lawyers. The transformation of the big law firm*, Chicago, 1.991.

<sup>759</sup>Vid. en este sentido la diferencia de períodos de aprendizaje entre las *law firms* y las *medical partnership* en nota n.25 de R.GILSON/R.MNOOKING, "Coming of age in a corporate law firm: the economics of associate career patterns", en *Stand. L. R.*, 1.989, vol.41, p.574.

<sup>760</sup>Diferentes alternativas a este sistema, tanto en nomenclatura como en contenido, son tomadas en consideración y desarrolladas por B.HEINZ/N.MARKHAM-BUGBEE, "Two- Tier Partnerships and other alternatives: five approaches", *Section of economics of law practice, American Bar Association*, 1.986.



profesional la información necesaria para conocer si, transcurrido el período de formación, podrá adquirir la condición de socio principal<sup>761</sup>.

a) En el momento inicial de la aceptación de los profesionales en la sociedad es imposible para ésta conocer cuál de entre todos los nuevos miembros posee el conocimiento y atributos personales (capacidad de cooperación, madurez, capacidad de ganancias respecto a los clientes y para conseguir nuevos clientes..) que la sociedad requiere para ser socio. Ante esta incertidumbre la única *respuesta* o solución es conceder un período de tiempo a partir de la aceptación de los socios que dé a los asociados la posibilidad de demostrar que él o ella reúnen las características personales que la sociedad está buscando en sus socios. El período de aprendizaje (*apprenticeship period*), constituye pues la solución a la incertidumbre de la sociedad respecto a las características de los futuros candidatos a socios. Ahora bien, como veremos, esta respuesta a la incertidumbre de la firma crea a su vez una incertidumbre a los socios.

b) La regla de "ascender o marcharse", como línea básica de este sistema, implica que aquellos "asociados" que no hayan realizado satisfactoriamente su labor durante el período de aprendizaje deban marcharse. Si bien resulta arriesgado hacer una inversión en capital humano en una sociedad cuando no se tiene la seguridad de poder permanecer en la misma (problema de la aversión al riesgo de los candidatos a *partners*)<sup>762</sup>, lo

---

<sup>761</sup> Vid. el "puzzle" del in or out system, mediante la intersección de las incertidumbres de la sociedad y el candidato a partner en GILSON/MNOOKING, "Coming of age in a corporate law firm: the economics of associate career patterns", en *Stand. L. R.*, 1989, vol. 41, pp. 567-595.

<sup>762</sup> La teoría económica nos enseña que el hombre tiene aversión al riesgo. Si a un abogado se le ofrece por ejemplo trabajo en dos firmas con condiciones idénticas en todos los aspectos salvo en una cosa, el que una presente un riesgo y la otra no, lo razonable será presumir que el profesional elegirá la segunda. El riesgo puede consistir en la posibilidad de que tras un período de prueba al profesional no se conceda el derecho de adquirir la condición de partner, por tanto, ante esta negativa debe abandonar, incluso como simple empleado que era lo que era antes. Ante dos opciones semejantes el sentido común sugiere que la sociedad que ofrece la posibilidad de quedarse -aún no siendo *partner*- será preferida a una que contenga el *up or out system*. Sin embargo, la realidad en las firmas americanas de abogados, así como en general las *professional partnerships*, nos muestran

cierto es que mediante este sistema se *elimina* la posibilidad de crear incentivos perversos a la sociedad para mantener a estos profesionales que, mereciendo la consideración de socios, continúan, año tras año, con la consideración de *associates* o empleados<sup>763</sup>.

Lógicamente, para que el profesional tenga la seguridad de que la sociedad no se comportará oportunistamente ha de poder confiar en que, cuando llegue la hora de tomar la decisión sobre el ascenso a socio, la sociedad actuará limpiamente. Sólo unos pocos del conjunto de los candidatos

---

lo contrario; se suelen elegir aquellas que no ofrecen el precio de consolación en la carrera de los *partner*. Los trabajos clásicos en la materia son los de MODIGLIANI/POGUE, "An introduction to risk and return: concepts and evidence", *Fin. Analysts Journal*, 1.974, pp. 68 y ss; D.LLEVHARI/Y.WEISS, "The effect of risk on the investment in human capital", *Am. Ec. Rev.*, vol.64, 1.974, p. 950.

<sup>763</sup>Peligro éste que se acrecentaría en los casos de inversiones altamente específicas por parte de los posibles candidatos. En efecto, los profesionales, al haber obtenido una formación únicamente productiva en su sociedad (menos valorable en consecuencia, fuera de la misma), encontrarían pues, grandes dificultades para conseguir un empleo igualmente rentable. La inversión específica de los profesionales constituiría pues, un incentivo perverso para la sociedad de ofrecerle únicamente una posición de *permanenet associate* en al firma, aunque cumpliera los requisitos para convertirse en un *partner*. Siempre que ese puesto fuera más lucrativo que el que el profesional recibiría fuera de la firma, (cosa fácil en los supuestos de inversiones específicas) el profesional ganaría más aceptando que cambiando de empleo, a pesar del comportamiento claramente oportunista de la sociedad que sabe que el socio no tendría más remedio que aceptarlo, manteniendo de este modo como empleado a quien realmente tendría que tener la consideración de *partner*. Ahora bien, este comportamiento oportunista de una sociedad que utiliza el *up or out system* (no pudiendo por tanto mantener como empleado [lo que hemos visto que sería menos costoso] a quienes son candidatos a *partners*) resulta menos problemático en caso de inversiones altamente específicas. La razón es que a una sociedad que invierte y costea la formación específica de sus miembros, no le interesará despedir [out system] a un miembro que haya recibido esta formación, por la dificultad de poder contratar con otro igualmente rentable (con esa formación específica ya adquirida). En este sentido se afirma que las tasas de despido están inversamente relacionadas a la cuantía de la formación específica, por dar esta formación lugar, a la imposibilidad de obtener la totalidad de los rendimientos de los costes en que incurrieron. Se trata pues, de una deseconomía externa impuesta a la sociedad que suministra la formación, y no de una economía externa que beneficie a otras empresas. Los mismos efectos produce la renuncia de la persona que ha invertido su capital humano en una formación específica. En efecto, estas personas tienen menos incentivos para cambiar de empleo, que los trabajadores sin formación o con formación general, al haber obtenido una formación únicamente productiva en su empresa, encontrando pues, grandes dificultades para conseguir un empleo igualmente rentable. El cambio de empleo será tanto más bajo cuanto más altamente específica sea una formación y tanto mayor cuanto más general sea la formación recibida. Puede afirmarse en consecuencia que el empleo a largo plazo y la inversión en capital humano específico son mutuamente complementarios. La formación específica da lugar en la renuncia (lo mismo que se ha afirmado en cuanto a los despidos), a que la realización de la misma impida obtener la totalidad de los rendimientos de los costes en que incurrieron. Se trata de nuevo de una deseconomías externas impuestas (en este caso) a los empleados, y no de economías externas que benefician a otras empresas. Vid. GILSON/MNOOKING, "Coming of age in a corporate law firm: the economics of associate career patterns", en *Stand. L. R.*, 1.989, vol.41, pp. 567-595.

ascienden a *partner*. El profesional puede dudar en este sentido de los criterios de decisión de la firma.

c) La sociedad tiene que estar pues, en condiciones de asegurar de forma creíble para los profesionales que se incorporan a ella que serán evaluados de forma justa.

aa) Así, por ejemplo, la sociedad podría prometer formalmente que a aquellos profesionales que sean capaces trabajar bien en equipo, tener buen trato con los clientes, trabajar duro a pesar de la inexistencia de incentivos, serán ascendidos progresivamente y alcanzarán la posición de socio<sup>764</sup>. El problema es que la formalización de los criterios descritos no es posible. Se trata de valores o cualidades que muy difícilmente pueden ser objeto de una valoración mínimamente exacta, de manera que su plasmación en un contrato jurídicamente vinculante sea viable. Aún más, si en la "ejecución del contrato" hubiera un desacuerdo por parte del candidato, éste habría de recurrir a los tribunales ordinarios para impugnar la decisión con lo que la política de promoción de la empresa se trasladaría a los tribunales, consecuencia claramente indeseable para la sociedad.

Dado que la solución del contrato explícito no es factible, las partes han de recurrir a algún tipo de promesa implícita cuyo cumplimiento, pese a no estar garantizado jurídicamente, resulte creíble para el profesional<sup>765</sup>.

bb) Un autorizado sector de la doctrina entiende que la garantía del cumplimiento de esta promesa, se encuentra en la propia estructura de la relación que se articula bajo el sistema de "ascender o marcharse". Así, se

---

<sup>764</sup>Vid., BRUDNEY, "Corporate governance, agency costs, and the rhetoric of contract", *Columbia Law Review*, 1.985, pp. 1.403 y ss.

<sup>765</sup> En este sentido vid. PLAUT, "Implicit contracts in the absence of enforcement: Note", *Am.Ec.Rev.*, vol.76, 1.986, p. 257; BULL, "Implicit contracts in the absence of enforcement and risk aversion", *Am.Ec.Rev.*, vol.73, 1.983, pp. 658, 659; ROSEN, "Implicit contracts and unemployment equilibria", *J. Pol. Econ.*, vol.83,

afirma, que lo que garantiza la "credibilidad" de la promesa de la sociedad de comportarse con justicia a la hora de tomar la decisión de si convierte o no a un profesional en socio es la propia estructura de la relación. La sociedad, de acuerdo con los términos del contrato "implícito" celebrado al ingresar el profesional en la sociedad, ha de convertirlo en socio o despedirlo. Si el profesional es un buen profesional cuya actividad genera beneficios a la sociedad, su despido constituye una decisión irracional por parte de la sociedad. Por lo tanto -concluyen estos autores- el hecho de que -de acuerdo con el sistema "ascender o marcharse"- la sociedad *se vea obligada a despedir* al candidato si decide no hacerlo socio, asegura que la decisión se tomará racionalmente<sup>766</sup>. La sociedad se estaría infligiendo un daño a sí misma si decidiera no hacer socio al candidato que lo merece porque, al no hacerlo socio, lo perdería también como empleado.

A nuestro juicio esta explicación no es del todo satisfactoria. La estructura del sistema sólo sirve para garantizar la credibilidad de la promesa en un supuesto concreto: el de la elección de un concreto profesional que responda al prototipo requerido por la sociedad, frente a otro que no responda a dicho modelo. Dicho en otros términos el sistema supone un mecanismo eficiente para evitar "enchufismos injustificados". En efecto, tal y como se acaba de afirmar, la estructura del este sistema -que coloca a la sociedad en la tesitura de tener que ascender o despedir a los posibles candidatos- asegura que siempre se ascenderá a aquel que responda a las expectativas profesionales de la sociedad, frente a aquel que no responda al prototipo

---

1.975, pp. 1183 y ss; KLEIN/LEFFLER, "The role of market forces in assuring contractual performance", *J.Pol.Econ.*, vol. 89, 1981, p. 615-616.

<sup>766</sup> Así GILSON/MNOOKIN, "Coming of age in a Corporate Law", *Stanford Law Rev.*, 1989, vol.41, pp. 578 ss.

social. Una elección en sentido contrario atentaría contra la propia racionalidad del sistema y de la propia sociedad.

Como decimos, fuera de este supuesto concreto, la estructura del sistema no da *per se*, una respuesta satisfactoria a la incertidumbre de los candidatos a socios. La razón puede comprenderse sin dificultad. El sistema apuntado sólo tiene en cuenta los incentivos de la "sociedad", *despreocupándose de los incentivos individuales* de los socios que toman la decisión de ascender o no al profesional a la categoría de socio. Piénsese sino en el caso de adoptar una decisión en cuanto al *porcentaje* de candidatos a ascender, esto es al número porcentual de candidatos que anualmente -o en el período de tiempo fijado por la sociedad- deben ascender a socios. Puede aceptarse que la sociedad, como tal, tenga incentivos para ascender a un porcentaje determinado de profesionales cada año, y con ello garantizar la credibilidad de su promesa, pero los socios que, individualmente, han de tomar la decisión pueden no tener tales incentivos. En efecto, la entrada de nuevos socios implica, para los socios actuales, una disminución de ingresos al tener que repartirlos entre un mayor número de personas. A pesar de que la decisión sea perjudicial para la sociedad -porque se debilite su credibilidad-, los socios decisores pueden estar dispuestos a tomarla si con ello, obtienen beneficios individuales. Tal beneficio se concreta en que, siendo menor el número de socios, es mayor la cantidad de beneficios que se obtienen *per capita*.

cc) A la vista de esta situación, parece más razonable encontrar la garantía de que la sociedad cumplirá el "contrato implícito" con el profesional en la *reputación* que haya podido desarrollar la sociedad en el trato correcto y leal de los profesionales que trabajan en ella. Naturalmente, la posibilidad de ofrecer tal garantía depende de que, efectivamente, la sociedad se haya

comportado en el pasado correctamente con sus profesionales, esto es que haya ascendido al porcentaje de profesionales que venía prometiendo. De otro modo, éstos (y los profesionales que, potencialmente, se incorporarían a la empresa) no tendrían ninguna razón para creer que, llegado el momento, la decisión será tomada de acuerdo con los criterios presupuestos por profesionales y sociedad. Si la sociedad dispone de tal reputación y, por lo tanto, existe esta *garantía* en la toma de decisión, el sistema de "ascender o marcharse" proporciona una solución eficiente tanto para la incertidumbre de la sociedad respecto la valía del socio, como para la incertidumbre del profesional respecto a su futuro profesional como socio.

d) La práctica profesional muestra no obstante como existe un importante descenso en la aplicación de este sistema al menos en su estado más puro, tal y como aquí se ha descrito. En concreto en el ámbito de las *law firms* es cada vez mayor el número de ellas que de una manera o de otra están abandonando la práctica de despedir a aquellos asociados que no llegan a convertirse en socios. De estructuras en las que únicamente existían dos clases de abogados - *partner* y *associate*-las firmas están creando nuevas categorías de abogados empleados a los que los denominan de diferentes formas - *permanent associate*, *staff lawyer*, *special counsel*, *non-equity partner*, *junior partner*-, pero que en todo caso tienen la característica común de que son profesionales que no llegan a adquirir la condición de *partner* de la sociedad. Varias son las razones que han contribuido a este cambio<sup>767</sup>.

Así debe destacarse en primer lugar un *incremento sustancial en la demanda de asociados* que ha supuesto que actualmente se requieran más

---

<sup>767</sup>Vid. diferentes motivos que pueden dar lugar a la creación de este tipo de puestos en sociedades de abogados en GALANTER/PALAY, *Tournament of lawyers. The transformation of the big law firm*, Chicago, 1991, pp.64-65, y GILSON/MNOOKIN, "Coming of age in a Corporate Law", *Stanford Law Rev.*, 1989, vol41, pp. 586 ss..

profesionales que los que proporcionan las escuelas de élite. En efecto, la demanda de asociados por parte de la mayoría de *law firms* ha experimentado un considerable incremento en los últimos años, lo que provoca que las tradicionales promociones de asociados, compuestas únicamente por las escuelas jurídicas de élite no cubra el número de profesionales que actualmente se demanda por estas firmas<sup>768</sup>. La consecuencia no se deja esperar: las firmas están aceptando como asociados a un tipo de asociados diferente, probablemente menos capaz que en tiempos pasados. Este incremento en la demanda tanto en el número de asociados como en el número de escuelas de las que se solicita asociados implica una *mayor varianza* en la actividad de los miembros que se incorporan y por ende exige mayores esfuerzos para la firma en cuanto a una correcta selección.

Esta situación dificulta una remuneración basada en el criterio de la antigüedad sobre el que tradicionalmente se ha articulado el sistema de ascender o marcharse y que hasta ahora no planteaba graves problemas de aplicación dada la homogeneidad del tipo de profesionales que accedían a estas sociedades. La nueva composición subjetiva de estas sociedades está provocando que muchas de ellas se decanten por un *sistema de remuneración basado en criterios de productividad individual*, lo que en última instancia ha acabado provocando en algunas de ellas la eliminación del tradicional período de aprendizaje: se cobra en función del rendimiento producido. Otras firmas han optado por dividir a los asociados en dos categorías desde el momento en que son contratados. Aquellos que se incluyen en el tradicional *pool* de asociados y que por presentar características más uniformes entre ellos son tratados como asociados bajo el sistema de ascender o marcharse. Y los que

---

<sup>768</sup>Datos y porcentajes de esta situación en GILSON/MNOOKIN, "Coming of age in a Corporate Law", *Stanford Law Rev.*, 1989, vol41, p.590.

constituyen el nuevo tipo de asociados que son advertidos desde su incorporación de que nunca van a ser considerados como candidatos a socios. No obstante, si demuestran buenas dotes personales y profesionales la sociedad los mantendrá como parte de su plantilla convirtiéndolos en alguna de las categorías de carácter permanente antes mencionadas.

Junto a la nueva composición social y la nueva forma en la que las sociedades dividen actualmente sus beneficios, debe destacarse asimismo que *la importancia del capital humano específico en las sociedades profesionales ha ido decreciendo con el tiempo*. El resultado ha sido un énfasis en el incremento de la especialización técnica necesaria para realizar prácticas de carácter general, más que el desarrollo de un conocimiento detallado de relaciones con antiguos clientes que eran el corazón de la práctica tradicional. En contraste a estas características más subjetivas, los conocimientos técnicos especializados pueden ser más fácilmente evaluados por firmas competitivas. Estos conocimientos técnicos tienden a reducir aspectos del capital específico de la firma. Este hecho reduce sustancialmente la capacidad de la firma para actuar oportunistamente con respecto a los asociados, los cuales pueden colocarse con mayor facilidad en el mercado exterior, lo que en definitiva está llevando a que sea el mercado quien actualmente provea de una protección que antes proporcionaba el sistema de ascender o marcharse.

3. En nuestro ordenamiento, la particularidad que presenta el sistema promocional en la mayor parte de sociedades profesionales es que el mismo no acaba con el ascenso a socio, sino que dentro de los mismos pueden diferenciarse diferentes clases de socios. Así no es infrecuente que junto con la promoción de "asociados" a socios, se promueva también la promoción de socios a socios de mejor condición.



La articulación de un sistema de promoción profesional -sea de asociado a socio, o de socio a socio de mejor condición- no parece plantear problemas especiales en el ámbito de las sociedades de personas. La planificación de un sistema promocional dentro de estas sociedades se rige por el principio de la autonomía de la voluntad de los socios, sin más límites que los generales de la autonomía privada.

No sucede lo mismo en las sociedades de capital donde el libre diseño de la política promocional se encuentra gravemente restringido por el legislador. En efecto, la regulación del derecho de suscripción preferente tanto en las sociedades anónimas como en las de responsabilidad limitada constituye un obstáculo prácticamente infranqueable para la articulación efectiva de un sistema promocional. Dos son en concreto los problemas esenciales que plantean estas sociedades.

a) De un lado, la *inderogabilidad en vía estatutaria del derecho de suscripción preferente de los socios* (arg. ex arts. 159 LSA y 75 LSRL). Inderogabilidad que -debe advertirse-, constituye una innovación en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada actualmente en vigor, a diferencia de la promulgada en 1953<sup>769</sup>, y a la que, dicho sea de paso, no encontramos un sentido lógico. En efecto, es difícil de imaginar por qué la ley actual ha confiado expresamente a la autonomía privada la configuración de los derechos de voto, dividendo y cuota de liquidación y, en cambio, no ha permitido la alteración contractual de la regla de proporcionalidad en relación al derecho de preferencia. La sorpresa es mayúscula si tenemos en cuenta que la ley previgente se producía en el caso simétricamente contrario: callaba sobre la posibilidad de configurar libremente los derechos de voto, dividendo

---

<sup>769</sup>Vid. art. 18 LSRL 1953 y la exégesis que de él ofrece L.CARLON, *Comentario a la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, en M.MOTOS/M.ALBALADEJO (dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, vol.XXIII, Madrid, 1984, pp. 240 ss.

y cuota de liquidación y, en cambio, reconocía expresamente la posibilidad de manipular en los estatutos el derecho de preferencia.

En cualquier caso, el tenor de la ley en vigor no ofrece duda alguna: impide, o por lo menos dificulta notablemente, el normal funcionamiento de un sistema promocional. La práctica infranqueabilidad del obstáculo puede comprenderse sin esfuerzo si tenemos en cuenta dos circunstancias. De un lado, que los sistemas de promoción -de asociado a socio, o de socio a socio de mejor condición- precisan arbitrarse a través de aumentos de capital (arts. 151 ss LSA, arts. 73 ss LSRL), por medio de los cuales se crean las acciones o participaciones que se destinan a los promocionados. De otro lado, que la suscripción por parte de los promocionados sólo es posible si los socios no gozan del derecho de preferencia. En caso contrario la promoción podría verse -y frecuentemente se vería- frustrada. Bastaría en efecto, que algún antiguo socio resolviese no renunciar a su derecho. De ser así como puede imaginarse, quedaría en entredicho la estabilidad y la propia posibilidad de supervivencia de las sociedades profesionales bajo cualquiera de las formas societarias de capital.

b) Junto a ello, el otro gran problema a los efectos que ahora interesan, es la *imposición del valor real como regla de cálculo del precio de las nuevas acciones o participaciones emitidas* (arts. 159 c) LSA y 76 c) LSRL). En efecto, aún cuando se suprimiese el derecho de preferencia en los casos de aumento de "capital promocional", habría que considerar aplicable la regla del valor real como precio de emisión de nuevas acciones o participaciones emitidas, para el supuesto de exclusión por la junta del derecho de preferencia, lo cual como puede imaginarse daría al traste con los sistemas de promoción profesional interno a que nos referimos. En efecto, de resultar aplicable dicha regla, el asociado o socio al que se destinasen las nuevas

participaciones quedaría obligado a desembolsar no sólo su valor nominal, sino también una prima que cubriese la diferencia entre el valor nominal y el valor real, en cuyo cómputo entrarían reservas ocultas, *goodwill*, etc. Como fácilmente puede advertirse, la exigencia de una prima de esta naturaleza, en la medida que contradice la finalidad "promocional" de la operación, condena al fracaso al sistema. Si las acciones o participaciones se emiten por su valor real, serán pocos en efecto, los que estén dispuestos o en condiciones de pagarlas.

4. Así las cosas, y dada la importancia de la planificación de un sistema promocional en estas sociedades, la cuestión debe centrarse en determinar cómo salvar ambos obstáculos.

a) El primero de ellos ofrece sin duda menos problemas. Aún cuando la ley no permita a las partes la alteración contractual -vía estatutos- del derecho de preferencia de los socios, dicha alteración puede conseguirse a través del acuerdo de la Junta al decidir el aumento de capital correspondiente. En efecto, tal y como preve el legislador, siempre que *el interés de la sociedad así lo exija*, la junta podrá acordar la supresión parcial o total del derecho de suscripción preferente (arts. 159 LSA y 76 LSRL). Respecto a la concreción de la cláusula de interés social, la doctrina viene entendiendo con carácter general que la exclusión del derecho de preferencia de los socios está justificada cuando la supresión sea una medida *adecuada, necesaria, proporcional y tomada en beneficio de todos los socios*<sup>770</sup>. No parece difícil comprender que la supresión del derecho de preferencia en los casos de capital promocional, constituye una medida que reúne todas estas

---

<sup>770</sup>Sobre el significado y concreción de estos términos vid. por todos, ALFARO, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Madrid, 1995, pp. 105, y allí abundantes referencias.

características, respondiendo por tanto al interés de la sociedad, que en otro caso, vería -como ya hemos dicho-, su estabilidad e incluso su propia supervivencia amenazada. La exclusión del derecho se configura en efecto, como una medida *adecuada* para poder fomentar y planificar las carreras profesionales de los socios. Constituye además una medida *necesaria* toda vez que no existe una solución alternativa mejor, en el sentido de poder alcanzar el fin perseguido con la misma eficiencia. Se trata a su vez de una medida *proporcional*. La proporcionalidad hace referencia a la relación entre el objeto perseguido por la sociedad -la articulación efectiva de un sistema promocional- y el medio empleado -la exclusión del derecho de preferencia de los antiguos socios-. En este sentido es fácil comprender que el sacrificio impuesto a los antiguos socios viene compensado por el beneficio que la operación implica para la sociedad. No existe otra forma de poder garantizar ese beneficio que resulte menos perjudicial para los antiguos socios. La decisión sobre la conveniencia o no de esta medida implica lógicamente una *valoración de intereses*: de un lado el beneficio para la sociedad derivado de la planificación de un sistema promocional, y de otro el "aguamiento" de los derechos de la minoría. Si sopesando ambos intereses, los primeros superan razonablemente a los segundos, la supresión está justificada. Dado que la no exclusión implica una amenaza de continuidad para la sociedad, parece razonable entender que así sucede. En este sentido, dado que el beneficio de la sociedad, no es más que un *beneficio común para todos los socios*, la exclusión se justifica porque se realiza en interés de cada uno de los socios.

b) Admitida por el legislador la posibilidad de excluir el derecho de preferencia por acuerdo de la junta, el otro problema es, como decimos, la aplicación de la regla del valor real como medida de cálculo del precio de las nuevas acciones y participaciones emitidas. Ya hemos visto que la aplicación

de este requisito llevaría al fracaso del sistema promocional. A la vista del carácter imperativo de dicha norma, la única solución que se nos ocurre es una interpretación del valor real, "no como una norma aplicable estrictamente mediante un silogismo, sino como una *cláusula general*. No existe un *valor real* de las acciones determinable objetiva y unívocamente. Se trata, en definitiva, que el tipo de emisión propuesto por los administradores esté justificado"<sup>771</sup>. En este sentido el escrutinio a cerca de si el tipo fijado es o no justificable, debe ponerse en conexión con el objetivo o finalidad perseguida con el aumento de capital promocional. En la medida que la sociedad está interesada en llevar a cabo la operación con exclusión del derecho de preferencia de los socios, tendrá lógicamente un interés en que la operación se realice con éxito. Si tal y como hemos visto un tipo de emisión excesivamente elevado (por incluir las cuotas de liquidación, el *goodwill* de la sociedad, etc) va a implicar que muy pocos esten en condición de pagar las nuevas acciones o participaciones, debe entenderse que sólo esta justificado como valor real el que asegure la suscripción. En este sentido por valor real debería entenderse "el valor máximo que, razonablemente, pueda obtenerse en el mercado por las acciones (o participaciones) sin poner en peligro la operación"<sup>772</sup>. En definitiva, y como hemos adelantado, el juicio sobre el tipo de emisión debe conectarse a las valoraciones que justifican la operación. En concreto en el caso que nos ocupa *si se pretende garantizar con éxito la operación, parece razonable dejar a la sociedad un cierto margen de discrecionalidad en cuanto a la fijación del precio de las nuevas acciones y los descuentos del valor real*. Dos son las razones que avalan esta afirmación.

---

<sup>771</sup> Seguimos en este punto el planteamiento y argumentación de ALFARO, *Interés social*, p.109.

<sup>772</sup> Así, ALFARO, *Interés social*, p.109.

aa) En primer término porque una de las razones fundamentales sobre las que se hace descansar la regla del valor real -evitar que los nuevos socios que suscriban las nuevas acciones participen en las reservas que pertenecen a un capital ya creado por los antiguos socios-, no se justifica en las sociedades profesionales. La razón ya ha sido aducida en otro lugar. El principal capital de estas sociedades es el capital humano de sus socios. El capital físico tiene una función meramente reguladora de las posiciones de los socios. Consecuentemente estas sociedades no suelen constituir reservas. Los beneficios sociales son repartidos en su totalidad a medida que se van generando. Bajo el aspecto patrimonial la imposición del valor real no aparece pues, justificada.

bb) De otro lado parece razonable afirmar la posibilidad de realizar un descuento en el valor real de las acciones o participaciones. Aunque el tema será tratado *in extenso* en otro lugar, podemos adelantar que si la cuota de liquidación del socio saliente no incluye una participación del mismo en el *goodwill* social, no se ve porqué razón debe exigirse el pago del mismo en el momento de la suscripción, como parte del precio de la nueva acción o participación.

5. La posibilidad que el legislador brinda a la junta de socios de poder excluir el derecho de preferencia de los socios, y la interpretación del valor real en el sentido arriba indicado, se configuran sin duda como dos soluciones que permiten *de lege lata* salvar el inconveniente que la regulación positiva implica para la articulación efectiva de un sistema promocional en estas sociedades. No obstante lo anterior, la importancia que la planificación de un sistema de este tipo presenta en las sociedades que nos ocupan, aconseja a nuestro juicio, una previsión especial para las sociedades profesionales. En

este sentido las dos proposiciones que de *lege ferenda* nos parecen más aconsejables son: de un lado, la admisión de una *supresión del derecho de suscripción preferente, por vía estatutaria, en los casos en que el aumento de capital sirva de cauce para la promoción de profesionales en la sociedad*. Y de otro, sancionar la *plena libertad de la sociedad para determinar el valor de la emisión de las nuevas participaciones, siempre y cuando naturalmente ese valor no fuese inferior al nominal*. (Soluciones adoptadas en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades profesionales).

No puede negarse sin embargo, que estas reglas facilitarían la comisión de atropellos y la realización de prácticas abusivas por parte de la mayoría. Pero también es cierto que la minoría no quedaría inerte, ya que siempre podría ampararse en la cláusula general del interés social para impugnar los acuerdos lesivos (arts. 115 LSA, al cual remite el art.56 LSRL).

Tampoco puede negarse que la desimperativización de estas reglas de derecho positivo, podría parecer preocupante en la medida que las mismas pueden considerarse como una desnaturalización del tipo de las sociedades de capital. No obstante -y como ya hemos puesto de manifiesto en otro lugar- en el estado actual de la evolución del pensamiento societario, caracterizado por una progresiva recontratación de las sociedades de capital, ese riesgo carece de relevancia. Por lo demás, -frente a este tipo de reacciones- debe resaltarse que las medidas propuestas, son medidas particulares, propuestas para unos tipos especiales -las sociedades profesionales de capital- y para un caso concreto -el aumento de capital promocional-.





## CAPITULO SÉPTIMO.

### LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL Y SUS SOCIOS.

#### § 27. Introducción. Planteamiento del problema y orden expositivo.

1. La utilización creciente de formas societarias para el ejercicio de profesiones liberales ha alterado profundamente la discusión acerca del fundamento, el contenido y los límites de la responsabilidad del profesional por su actuación. Mientras la única forma existente de prestación de servicios profesionales era el ejercicio individual, el problema apenas se planteaba. El profesional, como deudor contractual de una prestación de servicios respondía frente a su cliente-acreedor como cualquier otro deudor contractual, con leves matizaciones (v. *infra* § 28 I). Cuando se extiende la utilización de formas societarias asistimos a un cambio fundamental: se produce una disociación entre el deudor contractual de la prestación de servicios (la sociedad) y el ejecutor material de la misma (el profesional actuante)<sup>773</sup>. Esta disociación pone de manifiesto entonces un dilema que puede formularse en los siguientes términos: Si el profesional ya no es el deudor contractual, no puede responder frente al cliente contractualmente. Responsable contractualmente habrá de ser la sociedad y, en su caso, el socio-profesional en tanto socio civil o socio colectivo ilimitadamente responsable en la forma prescrita por el Derecho de sociedades (no en tanto profesional actuante) (v. *infra* §28,II).

Esta solución resuelve los problemas de forma impecable desde la perspectiva del Derecho de sociedades. No se distorsiona el régimen legal de

---

<sup>773</sup>Técnicamente es un auxiliar en el cumplimiento o, en su caso, representante legal u orgánico de la persona jurídica.

responsabilidad de los socios para conseguir fines ajenos al propio Derecho de sociedades. Sin embargo, ha recibido el rechazo unánime tanto del sector profesional como de los legisladores que han regulado las sociedades profesionales. De forma generalizada se siente la necesidad de mantener - junto a la responsabilidad societaria- la responsabilidad personal y directa del profesional actuante cualquiera que sea el tipo societario utilizado. Como se ve, pues, el problema dogmático está servido: cómo puede justificarse la responsabilidad personal del profesional actuante cuando él ya no es deudor contractual del cliente acreedor de los servicios profesionales.

2. La respuesta más simple es afirmar que lo que se acaba de exponer demuestra la incompatibilidad del ejercicio societario y responsabilidad personal y, por tanto, que debe rechazarse la utilización de formas societarias para el ejercicio profesional. Una respuesta algo menos extrema pasa por utilizar las posibilidades del Derecho de sociedades, es decir, por permitir la utilización de aquellos tipos societarios que garantizan la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, esto es, las sociedades de personas (v. *infra* §29,II). Ninguna de las dos puede considerarse una buena solución. Las normas de responsabilidad de los socios por las deudas sociales no se ajustan a las finalidades perseguidas con la afirmación de la responsabilidad personal del profesional actuante.

3. Si la vía societaria no nos lleva a buen puerto, parece lógico ensayar una vía diferente, es decir, tratar de encontrar un fundamento autónomo -no societario- a la responsabilidad personal del profesional actuante frente al cliente de manera que podamos mantener separadas ambas responsabilidades. Los intentos han sido múltiples (v. *infra* § 29, III y IV). Creemos que la mejor

opción pasa por aplicar un principio general que afirma la responsabilidad directa del profesional como contrapartida de la independencia que caracteriza su actividad. En efecto, tendremos ocasión de comprobar que existe, al menos una norma en nuestro ordenamiento que refleja tal principio haciendo responder personalmente al ejecutante material de una prestación que no es deudor contractual de la misma cuando, en su actuación dispone - frente al deudor contractual y frente al tercero- de un margen notable de autonomía o discrecionalidad en la ejecución de la prestación debida (v. *infra* § 29, V). Una vez aclarado el fundamento y justificación de esta responsabilidad del profesional actuante, el paso siguiente será el análisis de su régimen jurídico (v. *infra* § 30).

4. Resuelto el problema de la responsabilidad personal del profesional actuante, puede abordarse sin dificultad alguna el régimen de responsabilidad de la sociedad profesional que, como veremos, no plantea especialidad alguna. La sociedad, como deudora contractual, responde con todo su patrimonio y los socios profesionales (con independencia de que hayan actuado o no en un caso concreto) responden con su patrimonio de acuerdo con las reglas del tipo social de que se trate (civil, colectiva, anónima o limitada)<sup>774</sup> (*infra* § 31).

5. Como se ve, si mantenemos la responsabilidad personal del profesional en todo caso, el hecho de que el deudor sea una sociedad refuerza las garantías de solvencia en favor del cliente que ahora dispondrá de dos patrimonios responsables: el del profesional actuante y el de la sociedad y, en

el caso de que se trate de una sociedad de personas, también el patrimonio de los restantes socios. Admitida la concurrencia de ambas responsabilidades - societaria y profesional- se hace preciso arbitrar entre ellas un mecanismo de coordinación, dilucidando a tal efecto dos aspectos: uno relativo a la prioridad, y otro relativo a la extensión (v. *infra* § 32). La última cuestión que resta por saber es si los demás socios profesionales no intervinientes en la ejecución del encargo participan en alguna medida de tal responsabilidad por su cualidad de profesionales (v. *infra* § 33).

## **§ 28. El fundamento de la responsabilidad personal del profesional actuante cuando ejercita su actividad en sociedad.**

### **I. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL PROFESIONAL QUE ACTUA INDIVIDUALMENTE.**

La garantía de que los deudores cumplen sus obligaciones de forma diligente y honesta está atribuida, con carácter general, a las normas de responsabilidad contractual. El deudor que sabe que habrá de responder frente al acreedor por todas las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones tiene, por ello, los incentivos adecuados para cumplir diligentemente el contrato. En este punto, el ejercicio tradicional de las profesiones liberales no necesitaba de un régimen jurídico exorbitante. El profesional, como deudor contractual, era responsable frente a su cliente en términos semejantes a cualquier otro deudor contractual. Si acaso, las asimetrías de información existentes en la relación entre cliente y profesional

---

<sup>774</sup>Esta clara delimitación ha quedado oscurecida en algunas normas legales que trastocan el régimen de responsabilidad de los socios imponiendo a los que ostenten la calidad de profesional y para las deudas de carácter profesional, un estatuto semejante al de los socios colectivos. Al respecto v. *infra* § 33.

justifican -y han justificado históricamente- la imposición al deudor-profesional de un régimen de responsabilidad más severo que el general<sup>775</sup>. Podría decirse, en este sentido, que el régimen contractual general, con algunas matizaciones, servía razonablemente a los fines legislativos perseguidos en la regulación de las profesiones. Los problemas de responsabilidad de los profesionales se encuadran dentro de las categorías generales de la responsabilidad contractual. De especial dificultad son, como es sabido, los de determinación de la existencia o inexistencia de incumplimiento por parte del deudor profesional, por la necesidad de acudir a la *lex artis* para establecer un término de comparación<sup>776</sup>.

## II. LA INSUFICIENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL CUANDO SE EJERCITA LA ACTIVIDAD EN SOCIEDAD Y LA NECESIDAD DE ENCONTRAR UN NUEVO FUNDAMENTO.

Los problemas nuevos aparecen, como hemos señalado, cuando la figura del profesional individual y autónomo deja de ser la única existente en la relación con el cliente, por prestar sus servicios a través de una estructura societaria. En estos casos, como se ha adelantado en las líneas introductorias, se produce una disociación entre la figura del deudor contractual, que ahora

---

<sup>775</sup>En efecto, históricamente se ha considerado que la responsabilidad (contractual) del profesional debía someterse a un régimen especial consistente, básicamente, en afirmar su carácter inderogable por las partes siendo nulas, en consecuencia, las cláusulas contractuales limitadoras de la responsabilidad del profesional. V., al respecto, *infra* § 30,II.

<sup>776</sup>La *lex artis* puede definirse como el "conjunto de reglas de contenido ético, científico y técnico que debe observar el sujeto en el desarrollo de su actividad profesional, de acuerdo a las circunstancias y factores presentes en el caso concreto, y cuyo grado de cumplimiento sirve de criterio de valoración e imputación de responsabilidad por el resultado de su actuación. Son las que dotan de contenido a la conducta que en ese caso concreto presumimos que llevaría a cabo el "buen profesional": Así, G.OROZCO PARDO, "La aplicación del concepto "lex artis" al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica", en *Ejercicio en grupo*, pp. 512, 522-23.

será la sociedad, y la del profesional actuante que presta materialmente los servicios debidos la sociedad de la que es miembro. La aplicación de las reglas generales del Derecho de sociedades llevaría en última instancia a eliminar la responsabilidad personal del profesional que ha dejado de ser el deudor contractual.

En efecto, el hecho de que el cliente haya convenido el contrato de arrendamiento de servicios profesionales, no con el profesional individual, sino, con la sociedad profesional -como sociedad externa-, impone que, aún cuando la prestación material de los mismos se lleve a cabo por sus profesionales miembros, sea la sociedad quien asuma la condición de deudora contractual, y por ende, la que deba responder de las consecuencias perjudiciales derivadas de la actuación de sus miembros. La causa de ello descansa en el contenido normativo mínimo de la personalidad jurídica, que como es sabido provoca la *modificación del régimen individual de producción de actos y de imputación de efectos genéricamente previsto por el Derecho común*<sup>777</sup>.

Aún más. A diferencia de otros aspectos societarios que permiten su alteración *erga omnes* mediante el pacto social correspondiente, el régimen legal de la responsabilidad constituye una disciplina de derecho imperativo que impediría -no ya limitar o suprimir sino ni siquiera- garantizar por obra de la autonomía privada la responsabilidad personal del profesional añadida o en sustitución de la responsabilidad de la sociedad<sup>778</sup>. La aplicación de las normas del Derecho de sociedades lleva, pues, a eliminar la responsabilidad

---

<sup>777</sup>Vid., PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp. 1355-1356, y allí ulterior bibliografía.

<sup>778</sup>Sobre la comprensión contractual del derecho de sociedades, y sus límites al juego de la autonomía de la voluntad de las partes, vid. lo que se dijo en *supra* § 11.

directa de los profesionales que actúan conjuntamente a través de la sociedad.

El mismo efecto -la exclusión de la responsabilidad personal directa- se produce siempre que un sujeto cualquiera se integra en una sociedad para ejercer cualquier actividad. Por lo tanto, lo que habría que justificar es, precisamente, qué hace distintos a los profesionales en este punto.

### III. FUNDAMENTO DE LA CONSERVACION DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL PROFESIONAL QUE ACTUA EN SOCIEDAD.

1. Tradicionalmente se han encontrado razones para justificar la responsabilidad personal del profesional en consideraciones de *orden público*<sup>779</sup>.

A nuestro juicio, esta justificación es poco precisa y escasamente útil. Si bajo la misma se pretende afirmar su carácter imperativo y, por tanto, inderogable por los particulares<sup>780</sup>, tal calificación parece, cuando menos, de dudosa corrección toda vez que, como veremos, no deben existir

---

<sup>779</sup>Fue SAVATIER, *La profession liberal*, pp. 39-45 el que formuló por primera vez, en lo que nos consta, esta fundamentación de la responsabilidad personal del profesional.

<sup>780</sup>Parece claro que el orden público es siempre una limitación genérica a la libertad negocial (art. 1.255 CC) referido a aquellas *materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional* -orden público constitucional- (p. ej., dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación, etc) o a aspectos fundamentales de la ordenación de la actividad económica -orden público económico (p. ej. la prohibición de pactos restrictivos de la competencia del art. 1 LDC) que no pueden quedar impedidos o menoscabados por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. V., por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p.42: Id., *Comentario*, II, p.432.

impedimentos a que, mediante pactos individuales e incluso mediante condiciones generales, se limite la responsabilidad de un profesional<sup>781</sup>.

2. Una explicación más satisfactoria de la regla en cuestión debe encontrarse en aquellos rasgos que distinguen a las profesiones liberales de otras actividades, rasgos que obligarían a mantener dicha responsabilidad personal cuando el profesional actuante deja de ostentar la posición de deudor contractual. Y entre estos rasgos, la independencia se ofrece, sin duda, como el candidato más sólido para proporcionar una justificación adecuada.

Parece razonable afirmar, en efecto, que la exigencia de una responsabilidad personal del profesional constituye, en general, la *contrapartida necesaria a la independencia técnica propia del ejercicio de su actividad*. Pues bien, cuando los servicios profesionales se prestan bajo forma societaria, la aplicación de las normas generales del Derecho contractual no garantizan el cumplimiento de los fines que describimos en el apartado primero de este epígrafe como atribuibles a la responsabilidad contractual. Como hemos visto, el profesional miembro de una sociedad no es deudor contractual y, por tanto, no responderá frente al cliente. Consecuentemente, carece de incentivos para desempeñar diligentemente su actividad asegurando así la calidad de los servicios que presta. La cuestión es, entonces, por qué la eliminación de los incentivos que proporciona la responsabilidad personal

---

<sup>781</sup>En sentido del texto, también, CAPILLA, "Sociedades de profesionales liberales", en *Ejercicio en grupo*, pp.256-157; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 237-239; F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, pp.49-67. Un argumento añadido en contra del presunto carácter de orden público de la responsabilidad personal de los profesionales nos lo proporciona el hecho de que su asegurabilidad no haya planteado nunca dudas razonables. Del mismo modo que la responsabilidad por dolo no puede asegurarse tampoco debería poder asegurarse la responsabilidad personal del profesional. Otros argumentos también aducidos por la doctrina para justificar la responsabilidad personal del profesional han sido el que afirma que su justificación se encuentra en impedir la relajación de los profesionales (YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad del profesional liberal*, p.163) o que se trata de evitar la mercantilización de su actividad (MORENO LUQUE, *Sociedades profesionales*, p.61, etc.). La debilidad de estos dos últimos argumentos puede comprenderse sin dificultad. Su fuerza es más aparente que real: frases no son argumentos.



constituye un problema de primera magnitud en el caso de los servicios profesionales cuando en el resto de los servicios ofrecidos en el mercado se ha considerado suficiente la imposición de responsabilidad al deudor contractual (sociedad).

3. A nuestro juicio, la respuesta, tal como hemos anticipado, se encuentra en la independencia técnica propia del ejercicio de las profesiones liberales. A diferencia de otros servicios, los servicios profesionales se caracterizan porque su prestación en cada caso concreto no está predeterminada por normas legales o reglas científicas o técnicas, es decir, la *lex artis* profesional condiciona o limita las decisiones concretas que, respecto a la "llevanza de un caso" o el "tratamiento de un paciente concreto" toma el profesional, pero no las determina<sup>782</sup>. El profesional tiene, en todo caso, un margen de discrecionalidad técnica importante que deriva, fundamentalmente, de la inexistencia de reglas precisas y conocidas para todas y cada una de las

---

<sup>782</sup>Ello es apuntado por SOTOMAYOR GRIPPINI, al tratar de explicar porqué se habla de *responsabilidad profesional*, y no simplemente de responsabilidad contractual -y/o extracontractual- si la cuestión - aparentemente- se presenta de la misma manera que en el caso de un vendedor que no entrega la cosa vendida. En su opinión es precisamente la diferencia del contenido de las obligaciones del vendedor y profesional lo que explican la distinción entre la responsabilidad del profesional y del vendedor mencionado. "*En efecto, el contenido de las obligaciones del vendedor está perfectamente definido en los artículos correspondientes del Código Civil y de Comercio, que suplen el silencio del contrato cuando no hay contrato escrito ni acuerdos específicos, ni siquiera verbalmente. Por el contrario, en el caso de los profesionales no existe norma que especifique y concrete cuales son las obligaciones del profesional frente a su cliente. Sería necesario inventariar, inspirándose en los usos y costumbres de la profesión, cuales son las obligaciones que incumben generalmente al profesional, médico, abogado, etc, para aplicar a estas obligaciones las reglas generales de las obligaciones contractuales. Quiero con esto decir que para el estudio de la responsabilidad contractual de un profesional hemos de estudiar el contenido de las obligaciones del profesional dentro del contrato celebrado con su cliente, contrato que generalmente es puramente verbal, por lo que habrá que atenerse a las reglas que señalen los usos y costumbres de la profesión*". J.M. SOTOMAYOR GRIPPINI, "Introducción a la responsabilidad civil profesional", *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1.979, p. 140. A nuestro juicio, la cuestión debe llevarse más allá. No es sólo que para definir las obligaciones de los profesionales haya que acudir a lo que el autor denomina usos y costumbres profesionales (que a nuestro juicio no es otra cosa que la *lex artis ad hoc* de cada profesión), sino que aunque acudamos a ella, la misma no es suficiente para determinar exactamente en cada caso concreto el comportamiento que han de seguir los profesionales.

situaciones a las que pueden enfrentarse<sup>783</sup>. Pues bien, este estado de cosas "obliga" a estructurar las actividades profesionales como actividades independientes. Es decir, dejar que sea cada profesional "según su ciencia y conciencia", esto es, con independencia técnica, el que decida en cada caso cuál debe ser la forma concreta de llevar a cabo la actividad encargada<sup>784</sup>.

4. Como hemos señalado en otro lugar, esta discrecionalidad técnica no se ve afectada en modo alguno por el hecho de que el profesional actúe como asalariado o actúe como miembro de una sociedad profesional. En tales casos, la independencia no sólo se manifiesta frente al cliente, sino también frente al empleador o frente a la sociedad. Consecuentemente, asistimos a una suerte de aparente contradicción: aplicando las reglas generales, el profesional deja de ser deudor contractual -y deja de tener los incentivos adecuados para cumplir correctamente el contrato por que deviene irresponsable- pero mantiene el control de su actividad, es decir, su empleador o la sociedad -que son los que ahora tienen los incentivos para asegurar el cumplimiento correcto de la prestación profesional porque habrán de responder frente al cliente como deudores contractuales en caso contrario- no están legitimados jurídicamente

---

<sup>783</sup>La llamada *lex artis* de cada profesión no es comparable, en este sentido, a las normas legales, científicas o técnicas que regulan la producción de bienes o prestación de servicios no profesionales. Piénsese sino en la diferencia entre el modo de llevar a cabo su actividad un mecánico de coches y un médico. El contenido de las obligaciones del primero aparece perfectamente definido en las que pueden considerarse "reglas de la mecánica del automóvil". En efecto, existen un conjunto de normas perfectamente definidas que explicitan cuál debe ser el comportamiento y los pasos concretos a seguir por el mecánico, para poder solucionar cualquier problema mecánico. No sucede lo mismo en el caso de la medicina, donde la complejidad de la realidad desborda con creces las normas que marcan la *lex artis ad hoc* para el tratamiento de las enfermedades. No existen en efecto, normas perfectamente definidas que -como en el caso de las reparaciones técnicas- marquen paso a paso la conducta que ha de llevar un médico en el seguimiento y curación de una enfermedad.

<sup>784</sup>Siguiendo con el razonamiento, y como ya dijimos en otro lugar (*supra* 6,III) cabría afirmar que las profesiones liberales son profesiones independientes porque "no hay más remedio" en el sentido de que si dispusiéramos de mecanismos que nos permitieran determinar en cada caso cómo ha de comportarse un profesional, no tendríamos -como sociedad- ninguna necesidad de afirmar el carácter independiente de la prestación de servicios profesionales. Serían, en este sentido, bienes exactamente iguales a los que se producen y distribuyen en el mercado de forma estandarizada.

para controlar la conducta del profesional actuante, al menos, en los mismos términos en que lo está el empleador cuya empresa proporciona al mercado productos o servicios de cualquier otra clase. La conclusión parece evidente: *el mantenimiento de la responsabilidad personal del profesional cuando actúa como miembro de una sociedad se justifica como imprescindible para restaurar los incentivos que proporcionaba el régimen general de responsabilidad contractual cuando el profesional actuante era, también, deudor contractual*, incentivos que se ven muy disminuidos por el hecho de que el profesional continúa actuando con independencia técnica cuando ejecuta la prestación debida por cuenta de la sociedad.

5. Así las cosas, está perfectamente justificado que, junto a la responsabilidad contractual de la sociedad prestadora de los servicios profesionales afirmemos la responsabilidad personal y directa del profesional actuante.

## **§ 29. Construcciones jurídicas para justificar la responsabilidad personal del profesional actuante en sociedad.**

### **I. PLANTEAMIENTO.**

Admitida la necesidad de mantener -junto a la responsabilidad societaria- la responsabilidad personal y directa del profesional actuante, las construcciones jurídicas propuestas para su coordinación son múltiples.

1. La doctrina tradicional encuentra la solución en el *derecho de sociedades*, estimando que la necesidad de salvaguardar la responsabilidad

personal del profesional, pasa únicamente por admitir las sociedades de personas, donde, como es sabido, los socios responden personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad. Esta responsabilidad personal societaria (sea en calidad de socios civiles o colectivos), cumpliría las funciones de la responsabilidad personal del profesional (v. *infra* II).

Como tendremos ocasión de demostrar esta teoría no puede aceptarse. De lo que ya se ha expuesto, puede deducirse con claridad que la responsabilidad personal del profesional actuante tiene un fundamento y régimen jurídico propios y distintos de la eventual responsabilidad que, por las deudas de la sociedad profesional corresponda a los socios<sup>785</sup>. El fracaso de la teoría apuntada se encuentra precisamente en la no distinción de ambas responsabilidades.

2. Así las cosas, el resto de construcciones jurídicas propuestas, se esfuerzan por encontrar un fundamento ajeno al derecho de sociedades, válido cualquiera que sea la forma social que adopten los profesionales. En este sentido, parte de la doctrina justifica la existencia de una responsabilidad directa sobre la base de la llamada "teoría del doble contrato" (v. *infra* III); otros encuentran su fundamento jurídico por la aplicación analógica de las

---

<sup>785</sup>Esta diferenciación de planos en la que debe contemplarse la responsabilidad de los profesionales es realizada, en el ámbito de las *Professional Corporations*, por S.E.KALISH. En concreto la distinción se hace en relación al abogado *qua owner* de la Corporación (*the lawyer, qua owner, is a businessperson, entitled to the same advantages as other businesspersons*), y *qua employee* (*is a professional, and should be treated as if he were independent*). *Each firm member is the owner of a business organization and a person who individually renders professional service. This duality clarifies the civil liability issue*: S.E.KALISH, "Lawyer Liability and Incorporation of the Law Firm: a Compromise Model Providing Lawyer-Owners with Limited Liability and Imposing Broad Vicarious Liability on Some Lawyer-Employees", *Arizona Law Review*, 1.987, vol.29, pp. 563 ss.

reglas que regulan la sustitución en el mandato (v. *infra* IV). A nuestro juicio, el mismo encuentra su fundamento en el principio que hemos dado en llamar "responsabilidad del actuante independiente" que viene al menos concretado en una norma: art.11.2 LAC (v. *infra* V).

## II. FUNDAMENTO SOCIETARIO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL PROFESIONAL ACTUANTE.

1. La no distinción entre responsabilidad societaria y responsabilidad profesional, ha llevado a la doctrina más tradicional a consecuencias erróneas. En efecto, tratando de salvaguardar la responsabilidad personal del profesional adoptan una posición muy restrictiva respecto a las posibilidades de utilizar formas societarias para el ejercicio de actividades profesionales. Sólo permiten la utilización de aquellas formas societarias que no eliminen la responsabilidad de los socios, esto es, sociedades de personas, en las que existe una comunicación de patrimonios -y por ende de responsabilidad- entre sociedad y socios. Esta comunicación patrimonial y la consiguiente responsabilidad personal e ilimitada de los socios por las deudas de la sociedad, *garantizaría indirectamente la preservación de la responsabilidad personal del profesional/socio actuante*. Se comprende, pues, que, desde estas posiciones, se rechace la posibilidad de que los profesionales puedan acogerse a formas societarias de capital para el ejercicio de su profesión. Dado que el patrimonio personal de los socios no se ve afectado por las deudas de la sociedad, la responsabilidad personal de los profesionales no sólo no está

garantizada, sino que se obvia, precisamente gracias al recurso a estas formas societarias<sup>786</sup>.

Pues bien, la justificación "societaria" de la responsabilidad profesional merece ser rechazada. No conduce a resultados satisfactorios (*infra* 2), y ha sido expresamente rechazada por todos los legisladores que han regulado el fenómeno de las sociedades profesionales (*infra* 3).

2. Como tantas otras veces, la utilización de vías indirectas no proporciona resultados satisfactorios (*covert tools are not reliable tools*). El régimen jurídico de la responsabilidad personal de los *socios* por las deudas sociales en las sociedades de personas, no coincide con el régimen que debe aplicarse a la responsabilidad personal del profesional por las consecuencias dañosas de su *mala praxis*.

a) La diferencia fundamental entre ambos tipos de responsabilidad radica en su *distinta naturaleza*.

aa) Para comprender adecuadamente esta diferencia es necesario aclarar, con carácter previo que la responsabilidad del socio colectivo o del socio de una sociedad civil por las deudas de la sociedad es *responsabilidad*

---

<sup>786</sup>Así YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil del profesional*, pp. 159-160, y "La responsabilidad de los profesionales liberales", en *Ejercicio en grupo*, pp. 470-471. En la misma línea se pronunciaba el Colegio de Abogados de Madrid, en su Boletín Informativo nº5 de 1986, al hacer constar, respecto a la forma de los despachos colectivos, la imposibilidad de "*constituirl Despatches Colectivos bajo la forma de Sociedades Anónimas, ni de Responsabilidad Limitada, ni de Asociaciones o Entidades Mercantiles para el ejercicio de la Abogacía; pues las Sociedades Mercantiles limitan la responsabilidad y son fundamentalmente sociedades de Capital*". Este es asimismo el punto de partida que adopta MORENO-LUQUE, *Sociedades de ejercicio liberal*, pp. 63-64. En la doctrina italiana, en el sentido indicado en el texto vid. por todos SCHIANO DI PEPE, *Società di professionisti*, pp. 197 ss. Asimismo, en algunos de los proyectos y propuestas de ley italianas que se han ido sucediendo entorno a las sociedades profesionales (en concreto en el proyecto de Ley de 11 de mayo de 1.973 (proyecto Viviani) y propuesta de Ley de 16 de julio de 1.987 (propuesta Righi), se admite a la *società semplice* como único marco jurídico admisible para la constitución de una sociedad profesional, en la medida que en ella, si bien derivada del carácter de socios ilimitadamente responsabilidad, se consigue mantener la responsabilidad personal del profesional. Ambos textos, y alguno más reciente son transcritos al final de la obra de MAZZOCA, *La società di professionisti*, Milano, 1.990, pp. 153-211.

*por deuda ajena* y no responsabilidad por una deuda propia<sup>787</sup>. Esta es, naturalmente, una cuestión no pacífica en la doctrina, pero frente a las tesis que propugnan la identidad de ambas obligaciones, entendemos que la tesis preferible es la que entiende que *la obligación de la sociedad y las obligaciones de los socios han de mantenerse conceptualmente separadas*. La falta de identidad entre ambas se deduce de la interposición de una persona jurídica, que, como sabemos, determina una alteración del régimen jurídico que sería aplicable a los socios individualmente considerados. La separación entre el patrimonio social y el patrimonio personal que permite afirmar que un patrimonio (el del socio) está respondiendo de una deuda de otro (el de la sociedad) constituye, como es sabido, el contenido mínimo de la personalidad jurídica. Consecuentemente, cuando el socio-profesional colectivo o civil de una sociedad profesional responde por las deudas de la sociedad, responde por una deuda ajena, una deuda de la sociedad.

bb) Por el contrario, la responsabilidad del profesional actuante es una *responsabilidad por deuda propia*. El profesional -por las razones vistas- debe responder personalmente por las consecuencias dañosas de *su mala praxis* profesional, cualquiera que sea el marco social y el *status* en el que ejerza su actividad profesional. Esta responsabilidad profesional debe *conectarse pues, a un título distinto* de la responsabilidad *qua socio*<sup>788</sup>. Mientras ésta se vincula a la deuda de la sociedad, la que ahora nos ocupa se conecta directamente al inexacto, defectuoso, o ausente cumplimiento de la actividad profesional. La responsabilidad profesional grava al profesional en cuanto tal, y no como reflejo de su condición de socio ilimitadamente responsable.

---

<sup>787</sup>La más completa discusión de las diferentes posturas que a este respecto se han producido, puede consultarse en nuestro derecho, en la obra de PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1.993, pp. 139 ss. cuyas conclusiones fundamentales son reflejadas en el texto.

b) Al margen de esta diferencia fundamental, puede predicarse otra de menor trascendencia referida ésta al *fundamento* de la responsabilidad. Frente a la explicación doctrinal que proclama su naturaleza negocial, parece razonable entender que la responsabilidad de los socios colectivos o civiles por las deudas sociales deriva de la ley, siendo pues, de *naturaleza legal*. No es preciso por tanto una voluntad de obligarse, ni la realización de cualquier otro supuesto por parte del socio: la obligación de un socio se constituye automáticamente cuando se constituye la obligación de la sociedad (art. 127 C de c y 1.698 CC), y partir de ese momento, queda vinculado a ella comunicándosele todas las vicisitudes<sup>789</sup>. Por el contrario, la responsabilidad del profesional será de naturaleza *contractual* o *extracontractual* según la relación que medie entre el profesional y el perjudicado por el daño generado a consecuencia de la actividad del primero, aplicándose las normas generales del Código Civil que disciplinan una y/u otra materia<sup>790</sup>.

Siendo el contrato el marco general en el que se desenvuelve la actividad profesional, puede afirmarse que, con carácter general, la responsabilidad de los profesionales es una responsabilidad contractual.

---

<sup>788</sup> Así, RESCIGNO, *Società fra professionisti*, p.98.

<sup>789</sup> Naturalmente ello no impide que, al lado de la responsabilidad legal, no pueda constituirse a cargo de los socios una responsabilidad contractual, por ejemplo si el socio se obliga directamente frente al cliente a realizar la misma prestación que la sociedad.

<sup>790</sup> En concreto sobre la calificación de la acción de responsabilidad que puede dirigir el cliente contra el profesional actuante en sociedad, nos detendremos más adelante cuando tratemos la construcción jurídica de la doble responsabilidad en estas sociedades. Lo que ahora interesa es aclarar es que, en todo caso, no se trata - como la responsabilidad *qua socio*- de una responsabilidad de naturaleza legal. Al respecto, está de acuerdo toda la doctrina v., en general, J.SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*, 3ªed., Madrid, 1.981, capítulo XXII, dedicado al estudio de la responsabilidad de los profesionales del derecho, y la responsabilidad civil derivada de asistencia médica, pp. 707-723; del mismo autor su "Comentario al artículo 1.902 CC", en *Com.Edersa*, XXIV, pp. 532 ss; YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*; F.JORDANO FRAGA, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", *RGLJ*, 1.985, pp.30-104; L.PASCUAL ESTEVILL, "La responsabilidad profesional", *RCDI*, 1.991, n.602, pp. 43 ss; J.PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Ed.Sirey, 1.977, pp. 18 ss; P.WATELET, "La responsabilité des avocats", en el libro colectivo STORRER/O.DALCQ/BOURSEAU/WATELET/DIERKENS/FLAME/FAGNART/VAN DER MEERSCH, *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Bruselas, 1.975, pp. 123-155, 131; D.GIESEN, *International Medical Malpractice Law. A comparative law study of civil liability arising from medical care*, Tübingen, 1.988.



Tradicionalmente se afirmaba que que los servicios profesionales constituían actuaciones tan elevadas que no podían constituir objeto de una convención, es decir, que los servicios profesionales eran *res extra commercium*. Otros autores afirmaban que la responsabilidad profesional era una responsabilidad *ex lege* de manera que, aún cuando se admitía el carácter contractual de la relación entre el cliente y el profesional, se entendía sin embargo que el incumplimiento de los deberes de este último debía incardinarse, no en el incumplimiento del contrato, sino en la violación de sus imperativos legales y profesionales. La crítica a estas opiniones resulta sencilla. La primera supone afirmar que un profesional no puede contraer válida y eficazmente obligaciones contractuales relativas a su profesión o que sus servicios no son posibles de valorar, lo que resulta, a todas luces, inaceptable. La segunda resulta asimismo fácilmente superable. El hecho de que los deberes de los profesionales emanen de la ley no cambia la naturaleza de una obligación que encuentra en el contrato su única fuente. Como se ha señalado acertadamente, "*una obligación integrante de una relación obligatoria nacida de contrato no deja de ser contractual, ni deja de ser contractual en sentido estricto la responsabilidad originada por su incumplimiento, por el hecho de que se halle prevista en una norma legal o reglamentaria, aunque se trate (...) de una norma de Derecho imperativo*"<sup>791</sup>.

c) No hay diferencia alguna, sin embargo, en el carácter indemnizatorio de ambas responsabilidades. Tanto la responsabilidad del socio por las deudas sociales como la responsabilidad del profesional por *mala praxis* tienen carácter exclusivamente indemnizatorio<sup>792</sup>.

d) Las consecuencias prácticas de estas diferencias son importantes. En primer lugar, queda reflejada en la modalidad de agresión del patrimonio del socio profesional. El paciente o mandante podrá dirigirse directamente contra el patrimonio del profesional actuante mientras que tendrá que probar la insuficiencia del patrimonio social para poder actuar la responsabilidad del

---

<sup>791</sup> Así, F.PANTALEON, *Audidores*, p.40; ampliamente sobre estas concepciones tradicionales, vid., YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, pp. 136; ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, pp. 237 ss. quien recuerda que no puede hablarse de una específica responsabilidad profesional, respecto a la que podría llamarse responsabilidad civil general, esto es, aquella en que puede incurrir cualquier persona cuando la causación de un daño le sea imputable.

<sup>792</sup> Sobre el carácter indemnizatorio de la responsabilidad de los socios v. exhaustivamente, PAZ-ARES, *Responsabilidad*, p 159 ss). Sobre el carácter indemnizatorio del profesional actuante v. lo que se dirá en *infra* §30.1.

profesional *qua socio* dado su carácter subsidiario. En el supuesto de una sociedad civil profesional, existe además una diferencia de carácter *cuantitativo*: la responsabilidad *qua profesional* exige la reparación íntegra de la deuda, mientras que la responsabilidad *qua socio*, en virtud del principio de mancomunidad, se cumplimenta tan sólo con la cuota-parte que le corresponde al profesional en la sociedad (arg. ex art. 1.698 CC).

1. Esta conclusión se confirma, por lo demás, por el rechazo que las posiciones que hemos criticado, han sufrido por parte de la mayoría de los ordenamientos que han regulado las sociedades profesionales incluyendo el Derecho español en las escasas ocasiones que se ha ocupado de esta materia. En efecto, los ordenamientos actuales no han sentido miedo en permitir el empleo de cualquier forma societaria para la prestación de servicios profesionales imponiendo, al mismo tiempo, cualquiera que sea el tipo elegido, la responsabilidad personal del profesional actuante<sup>793</sup>.

a) Así, resulta muy significativo que la legislación comparada imponga expresamente responsabilidad personal del profesional directa cuando regula sociedades profesionales bajo la forma de sociedades de personas, lo cual, si la responsabilidad societaria pudiera cumplir las funciones atribuidas a la responsabilidad profesional, no sería necesario. Por ejemplo, el artículo 16 I de la Ley francesa nº.66-879 de 1966 sobre sociétés civiles professionnelles, impone la responsabilidad directa del profesional frente al cliente por las actuaciones profesionales que lleve personalmente a cabo en el marco de la sociedad; la misma solución se propugna en el proyecto de ley belga de 1985 sobre sociedades civiles

---

<sup>793</sup>La mejor prueba de la extendida convicción de que el profesional ha de responder personalmente en todo caso nos la proporciona, por último, el hecho de que se entienda también exigible tal responsabilidad a sujetos que, realizando cualquier otra actividad no responderían frente al cliente con quien no les une relación jurídica alguna. Así, el profesional unido a una institución por una relación laboral o de arrendamiento de servicios es igualmente responsable de su actuación aún cuando el contrato de prestación de servicios correspondiente se haya celebrado, directamente, entre el empleador o arrendador y el tercero. Aunque no es objeto de este trabajo, y no nos ocuparemos más de la responsabilidad de los profesionales asalariados, constituye, en efecto, jurisprudencia constante la que afirma la responsabilidad directa de los profesionales que son contratados laboralmente, sin perjuicio de la responsabilidad exigible a su empleador, deudor contractual de la prestación contratada.

profesionales (art. 6)<sup>794</sup>. Lo propio acontece en Alemania, que regula la materia en el §8 de la Ley sobre las *Partnerschaftsgesellschaften*<sup>795</sup>; otro tanto preven en Italia el art. 12 del decreto regulador de las sociedades de revisión contable (d.p.r.31 de marzo de 1.975,n.136<sup>796</sup>, y los últimos proyectos de ley sobre el ejercicio societario profesional (Proyectos n°. 898 de 16 de julio de 1.987; n°. 249 de 1 de julio de 1.988; n°.4565 de 8 de febrero de 1.990)<sup>797</sup>; en Estados Unidos, la Sect.13 del *Uniform Partnership Act*, aplicable a las Professional Partnerships, establece en igual sentido la responsabilidad personal y directa del partner frente al cliente como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

b) Idéntica responsabilidad se impone cuando el tipo social regulado es de carácter corporativo y no hay responsabilidad de los socios por las deudas sociales, lo que demuestra que el legislador no ha visto que sea contradictorio afirmar, simultáneamente, la irresponsabilidad de los socios por las deudas sociales y hacer responder al profesional actuante con todo su patrimonio. Así, en Francia, y el artículo del mismo número de la Ley n°.90-1.258, de *sociétés d'exercice libéral*, el proyecto belga de 1985, en cuanto permite utilizar cualquier tipo societario mercantil para actividades profesionales; la legislación estatal norteamericana que, aunque varía de Estado a Estado, en todos los casos, se permite la utilización de formas societarias con responsabilidad limitada (Professional Service Corporations) y se asegura la responsabilidad personal de los profesionales por prestación negligente de servicios profesionales de forma que, bajo ninguna circunstancia sea posible que los profesionales se eximan de responsabilidad profesional escudándose en la adopción de una forma corporativa<sup>798</sup>. Igualmente el

<sup>794</sup>Vid. CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'elaboration: "les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp.303-344, 335.

<sup>795</sup>V. U.SEIBERT, *Die Partnerschaft. Eine neue Gesellschaftsform*, pp.56-60; F. GRAF VON WESTPHALEN, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, München, 1.995, pp. 193-243.

<sup>796</sup>Sobre el mismo M.BUSSOLETTI, *Le società di revisione*, p. 323.

<sup>797</sup>En los dos últimos se declara expresamente que: "*La responsabilità civile derivante dell'attività professionale svolta dai singoli soci è a carico di questi e della società di professionisti*". Esta expresa mención a la responsabilidad de los socios, con independencia de la forma social, ha sido interpretada como un reconocimiento de la responsabilidad del profesion al actuante en sociedad como tal profesional y no como socio. En este sentido v. véase G.AMADIO, "Le prospettive di una riforma", en *Riv.dir.civ.*, 1.990.II,p. 671-672.

<sup>798</sup>En efecto, cuando a principios de los años sesenta se planteó en Estados Unidos la posibilidad de ejercicio profesional bajo formas corporativas se utilizó el recurso a las llamadas *client's reasonable expectations* para asegurar la prestación directa y personal de su actividad por el profesional y la consiguiente responsabilidad. Para un panorama general sobre la compatibilización de la responsabilidad personal con las estructuras corporativas vid. S.E.KALISH, "Lawyer liability and incorporation of the law firm: a compromise model providing lawyers-owners with limited liability and imposing broad vicarious liability on some lawyer-employees", *Arizona Law Review*, 29(1987), pp. 563 y ss; K.M. MAYCHECK, "Shareholders liability in

Documento de consulta referente al ejercicio transfronterizo y bajo una forma colectiva de las actividades profesionales reguladas, realizado por los servicios de la Comisión de la C.E.E, preve en relación a las deudas sociales de carácter profesional, la responsabilidad directa de cada profesional frente al cliente por los daños derivados de sus faltas profesionales, independientemente de la responsabilidad que corresponda a la sociedad.

c) A idénticas conclusiones se llega examinando las normas equivalentes en nuestro Derecho. Así, el artículo 11 de la Ley de Auditoría de Cuentas, en su segundo apartado, establece que cuando la auditoría se realice por un auditor que pertenezca a una sociedad de auditoría, éste responderá de forma directa e ilimitada frente a las empresas o entidades auditadas y frente a terceros, por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones, siendo así que se permite la utilización de la forma anónima o limitada para las sociedades de auditoría. En la misma línea el Código deontológico médico afirma que, "la responsabilidad personal del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo. Sea cual sea su modalidad asistencial, la responsabilidad del médico ante sus pacientes debe permanecer individual, invariable y completa...". Por su parte, el Proyecto del Estatuto General de la Abogacía, establece en su art. 28.7 (en la parte que ahora nos interesa) en el marco de los despachos colectivos, una responsabilidad directa del profesional frente al cliente, por las consecuencias perjudiciales de su actividad profesional. Esta es así mismo la línea seguida por la DGRN, en su Resolución de 2 de junio de 1.986 al establecer, en relación a la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales, que "la intervención del profesional, con su consiguiente responsabilidad, no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente". Asimismo el Proyecto de Ley de reforma de Colegios Profesionales de 1992<sup>799</sup>, establecía en el nº.4 de su artículo 3 que "Los profesionales podrán asociarse bajo cualquiera de las formas previstas en el Ordenamiento para el ejercicio de su actividad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de cada profesional"<sup>800</sup>.

---

professional legal corporations: a survey of the states", *Pittsburgh law review*, 47(1986), pp. 817 ss. Asimismo, en las *Limited Liability Companys* (LLCs), de reciente creación se preve también el mantenimiento de la responsabilidad personal del profesional, no obstante desarrollar su actividad bajo esta nueva forma de sociedad limitada. En este sentido la propia ley afirma que esta nueva forma "*not be construed to abolish, repeal, modify, restrict, or limit the law now in effect applicable to the professional relationship and liabilities between the person furnishing the professional services and the person receiving such professional services and to the standards for professional conduct*". Texto transcrito por D.G.CHRISTENSEN/S.F.BERTSCHI, "LLC Statutes: Use by Attorneys", en *Georgia Law Review*, 1.995, vol.29, n.3, pp.700 ss.

<sup>799</sup>BOE de 27 de noviembre de 1992.

<sup>800</sup>Como es sabido, la reciente modificación de la Ley de Colegios Profesionales, de abril de 1997 (L.7/1197, BOE 15 abril. 1997, n.90) no hace ninguna referencia expresa a la posibilidad del ejercicio asociado de la profesión.

4. De lo que se ha expuesto hasta aquí pueden extraerse con seguridad dos conclusiones provisionales. En primer lugar, que la responsabilidad del profesional como tal debe concebirse como independiente respecto de su condición de socio (y de las consecuencias de responsabilidad que tal condición lleve aparejada). En segundo lugar, la convicción de que resulta imprescindible añadir a la responsabilidad de la sociedad profesional que contrata con el cliente, la del profesional que lleva a cabo el trabajo personalmente sobre el fundamento del carácter independiente de su actuación. Queda la parte quizá, más compleja: encontrar en nuestro ordenamiento privado el anclaje positivo que permita imputar una responsabilidad directa al profesional actuante en sociedad. A ello dedicamos las próximas páginas.

### III. LA EXISTENCIA DE UN "DOBLE CONTRATO" COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL ACTUANTE EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES.

1. La solución más evidente -y la más extendida tradicionalmente- pasa por "inventar" un segundo contrato de manera que la afirmación de una doble responsabilidad se torna muy sencilla: hay una doble responsabilidad - individual y social- porque *existe un doble contrato*. En realidad, bajo esta doctrina pueden ocultarse dos tipos de construcción. En primer lugar, la que entiende que estamos ante un "contrato base" en virtud del cual un cliente encomienda un encargo a la sociedad profesional que implica la prestación de servicios de esta índole, y "un contrato posterior de ejecución" por el que la sociedad descarga la ejecución en un profesional que está obligado para con la

sociedad por algún título -sea en su condición de socio profesional, sea como profesional contratado laboralmente, sea en arrendamiento de servicios-<sup>801</sup>, supuesto que, en realidad, habría que calificar como de subcontratación. En segundo lugar, la que ve el doble contrato como un contrato entre el cliente y la sociedad más otro contrato entre el cliente y el profesional concreto<sup>802</sup>.

En cualquiera de los dos casos, esta construcción es, a nuestro juicio, radicalmente inexacta. En la relación entre un particular y una sociedad que tiene por objeto la prestación de servicios profesionales existe un único contrato: el contrato de arrendamiento de servicios profesionales convenido entre el cliente y la sociedad<sup>803</sup>. El hecho de que los servicios se presten materialmente por la sociedad a través de personas físicas no constituye especialidad alguna en relación con los contratos, de cualquier clase, celebrados con una persona jurídica. Siempre que se contrata con una sociedad, son las personas físicas que se integran en ella las que realizan las actividades materiales de prestación a la que está obligada la sociedad y nadie ha sostenido nunca que, en relación con sociedades que proporciona cualquier otro tipo de productos o servicios que exista un doble contrato con sus clientes, esto es, un contrato entre el cliente y la sociedad y otro con la

---

<sup>801</sup> En doctrina, v. DEL POZO, *Nuevo Registro*, p. 151 que opta por la construcción de un contrato base más un contrato de ejecución. En la jurisprudencia registral, en su concepción de la sociedad profesional como sociedad de intermediación (v., *supra* §3.III ) parece apoyar esta construcción la Resolución de la DGRN de 2 de junio de 1.986 donde puede leerse "que la intervención del profesional con su consiguiente responsabilidad no anula o deja sin efecto la que pudiera contraer la sociedad al contratar con el cliente". Esta doctrina es posteriormente recogida por la RDGRN de 23 de abril de 1993 (considerando 4º). Sorprende sin embargo cómo adoptando los fundamentos de la anterior la Dirección llega a una conclusión distinta en relación a la inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada de arquitectos.

<sup>802</sup> En el campo del ejercicio colectivo de la medicina también en este sentido, optando por afirmar la existencia de dos contratos, uno entre el paciente y la sociedad médica y otro entre el paciente y el profesional concreto, L. GONZALEZ MORAN, *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1.990, p.238, el cual habla de "una bifurcación".

<sup>803</sup> Sobre la reconducción de la prestación de servicios profesionales al contrato de arrendamiento de servicios, así como la posibilidad de su consideración en ocasiones como arrendamiento de obra vid. lo dicho en otro lugar (*supra* § 21.II.2), a propósito de la aportación de industria de los profesionales en el contrato de sociedad.

persona física concreta encargada de realizar materialmente la prestación o que la persona jurídica subcontrate su obligación con sus empleados o socios. Debe mantenerse, pues que existe un único contrato, cliente-sociedad; que la titularidad de la obligación corresponde a la sociedad y que ésta es la única que, en principio, debe responder contractualmente frente al cliente en su condición de deudora de los servicios profesionales<sup>804</sup>.

#### IV. APLICACION ANALOGICA DE LAS REGLAS QUE REGULAN LA SUSTITUCION EN EL MANDATO.

1. Un autorizado sector de nuestra doctrina considera que no es necesario fingir un segundo contrato para que el cliente pueda dirigirse, también contra el profesional actuante. Es decir, que tal acción directa puede *derivarse del contrato con la sociedad*. El fundamento positivo de tal construcción pretende encontrarse en la *aplicación analógica de las reglas que regulan la sustitución en el mandato*<sup>805</sup>. En efecto, los artículos 1721 y

---

<sup>804</sup>En este sentido, PAZ-ARES, *Comentario*, p.1.407; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.227; M.JIMENEZ-HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en el libro colectivo *El ejercicio en grupo de las profesiones liberales*, Universidad de Granada, 1.993, pp. 564-565, refiriéndose a la responsabilidad colectiva de una sociedad profesional de médicos afirma que la sociedad, en su condición de deudora deberá garantizar el cumplimiento de la obligación debida, la prestación médica, y responder de los daños que genere la actividad social, sea cual fuere el hecho generador de los mismos. En el mismo sentido, en el ámbito de la abogacía, la STS (Sala VI) de 17 noviembre 1969, establece que es la sociedad (y no los socios), la obligada contractualmente al cumplimiento del servicio requerido: "*la relación establecida...lo fue entre la Empresa demandada y el bufete o despacho de los aludidos letrados...sin ser el demandante el obligado...a prestar los servicios pactados, sino el despacho u organización por medio de cualquiera de los letrados del mismo*" (considerando 1º). Por supuesto la sociedad queda vinculada cuando el socio actuante no contrata "en su propio nombre con los terceros", sino "en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad" (cfr.arts.1669 y 1697 CC). En Alemania, esta consideración es igualmente aplicable en el ámbito de la Partnerschaft: *Die Mandats-, Behandlungsverträge etc. werden mit der Partnerschaft geschlossen: Schuldner ist also zunächst die Partnerschaft mit ihrem Vermögen*. Vid. SEIBERT, "Die Haftungsregelungen der Partnerschaftsgesellschaft", en *Münchener Handbuch*, München, 1.995, §37, p.741. En el campo de la abogacía esta misma solución es la propuesta para el caso de sociedades civiles de abogados, vid. K.MÜLLER, "Nocmals: Zur Haftung verbundener Anwälte", en NJW, 1.969, pp. 1416 ss.

<sup>805</sup>En este sentido, PAZ-ARES, *Comentario*, p. 1.407.

1722 otorgan al mandante una acción directa no sólo contra el mandatario, sino también contra el *sustituto* del mandatario (arg. ex arts. 1.721 y 1.722 CC)<sup>806</sup>. Del mismo modo, -se afirma-, el cliente podría dirigirse contra la sociedad (mandatario) y contra el profesional actuante (sustituto del mandatario). A nuestro juicio, sin embargo, esta construcción no resulta satisfactoria.

2. Para poder refutar esta propuesta doctrinal aplicada al ámbito de las sociedades profesionales es preciso comenzar distinguiendo la *sustitución en sentido estricto* por vía de *transferencia* o traspaso (en adelante, *sustitución*), y *submandato o delegación subordinada* (en adelante, *submandato*)<sup>807</sup>. Esta distinción es necesaria porque la doctrina que criticamos tiende a considerar incluídas ambas en los preceptos citados.

a) La sustitución consiste en el traspaso de facultades no revocable que el mandatario realiza en favor de tercera persona quedando en su virtud automáticamente al margen de la relación jurídica que le vinculaba al principal. Equivale a una sucesión traslativa y elimina por tanto al mandatario de toda posible actuación futura, directa o indirecta, en los negocios del

---

<sup>806</sup> Antes de introducimos en el estudio de esta posible aplicación analógica, hemos de afirmar que aunque la prestación de servicios profesionales suele considerarse como una modalidad de arrendamiento de servicios, superando con ello la tesis de la relación de mandato, nada obsta sin embargo para que ante la imposibilidad de aplicar ninguna de las normas contenidas en los artículos 1.583 a 1.587, y *por lo que se refiere a la responsabilidad civil*, pueda darse un mismo tratamiento para el profesional en régimen de servicios que el propuesto en el mandato. En este sentido esta tesis no podría objetarse. (Sobre la superación de la tesis del mandato y la consagración del arrendamiento de servicios, así como las consecuencias prácticas de la distinción de ambos contratos en el plano de la profesión liberal, v. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, pp.19-37.

<sup>807</sup> Sobre los rasgos diferenciales entre sustitución y subapoderamiento y su diferente régimen jurídico vid. F.PORPETA CLERIGO, "Sustitución de poder", AAMN, 1.945, I, pp. 147-150; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho Privado*, pp. 195-196; LACRUZ, *Elementos*, II-3?, Barcelona, 1.986, pp. 356-357; J.R.LEON ALONSO, *Com.Edersa*, T.XXI, vol.2., pp. 254 ss. 268-269, y *Comentario*, II, p.1553; Ph.PETEL, *Le contrat de mandat*, Paris, 1.994.



*dominus*. En la sustitución hay, pues, una auténtica cesión de la posición contractual del mandatario sustituido (cesión de contrato)

b) El *submandato* deja intacta la situación del mandatario y permite a éste, además de conservar íntegramente su situación primitiva, comportarse frente al submandatario como si de un verdadero mandante se tratara. Es decir, mediante el submandato, el submandatario ejecuta total o parcialmente la prestación objeto del encargo en que consiste el mandato sin que haya celebrado un contrato específico con el principal. El submandato constituye un supuesto de subcontratación.

Como se vé, la diferencia entre sustitución y submandato consiste, precisamente en que la sustitución implica una *novación subjetiva del contrato de mandato*, novación que no se produce en el caso del submandato. A nuestro juicio, un examen detallado de los artículos 1721 y 1722 CC revela que está regulando exclusivamente los supuestos de sustitución en sentido estricto, esto es, los supuestos en los que se produce una *novación subjetiva del contrato de mandato mediante la sustitución del mandatario por el sustituto*. Prueba de ello es que el artículo 1721 exige el consentimiento del mandante para que se produzca la sustitución del mandatario por el tercero y, en tal caso, exime de cualquier responsabilidad al primitivo mandatario<sup>808</sup>. Si

---

<sup>808</sup> A nuestro juicio, la doctrina que criticamos no ha comprendido correctamente el sentido de los artículos 1721 y 1722 CC tanto respecto al supuesto de hecho que tales preceptos contemplan como respecto a la ubicación de la acción directa contra el sustituto. En términos muy simples, los artículos citados afirman dos cosas: La primera es que para que haya sustitución del mandatario por un tercero es necesario el consentimiento del mandante. Con ello, el precepto se limita a recoger un principio general. Aquél que afirma que la novación subjetiva de un contrato sólo puede realizarse con el consentimiento de ambos contratantes y en ningún caso por voluntad exclusiva del mandatario. Sería realmente chocante que negáramos la posibilidad de modificación unilateral de los contratos en general y la permitiéramos en el caso del contrato de mandato. El deudor (el mandatario) no puede, en modo alguno, imponer al acreedor (el mandante) un cambio de deudor (vid. por todos DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 847 ss). El precepto prevé entonces que si tal consentimiento se verifica, se establecen relaciones directas entre el mandante y el sustituto (el primero dispone de acción directa contra el segundo). La segunda consiste en establecer que si no ha existido consentimiento, el primitivo mandatario no "sale" de la relación (y sigue respondiendo porque su voluntad unilateral no puede novar subjetivamente el contrato de mandato) y que, junto a él, también responderá el sustituto indebidamente nombrado (probablemente porque es un gestor de negocios ajenos sin mandato). La primera conclusión se obtiene

en el precepto que comentamos se estuviese regulando el caso del simple submandato, no sería necesario el consentimiento del mandante, puesto que la relación primitiva entre mandante y mandatario quedaría intacta. Dadas estas diferencias sustanciales entre sustitución y submandato, la aplicación analógica de reglas pensadas para la primera al segundo resulta inaceptable. Simplemente, no hay identidad de razón.

3. Pues bien, dado que, como veremos, la relación entre la sociedad profesional y los profesionales actuantes no puede calificarse, en ningún caso, como sustitución, es decir, la sociedad profesional no "sale" de la relación con el cliente ni coloca en su lugar al profesional actuante, la aplicación analógica de estos preceptos resulta impracticable. En efecto, resulta obvio que la sociedad profesional no cede su posición en el contrato con el cliente al profesional de la firma encargado de prestar materialmente los servicios profesionales. Es decir, jurídicamente no estamos ante un cambio de deudor. No es ésta la voluntad de las partes. Esta conclusión es válida tanto si el profesional actúa como órgano social (*infra* b) como si actúa como servidor de la sociedad en concepto distinto al de órgano (bien porque el profesional

---

simplicando la alambicada redacción del artículo 1721 CC en los siguientes términos: "El mandatario no puede liberarse frente al mandante situando a otra persona en su lugar contractual salvo que estuviera autorizado para hacerlo por su principal. Esta autorización deberá determinar quién será la persona que ocupe el lugar del mandatario o, si no designa a una persona concreta, el mandatario sólo se liberará si designa a una persona capaz y solvente (esta interpretación se ve corroborada por los artículos 261 y 262 del Código de comercio, donde queda paladinamente claro que la sustitución constituye novación subjetiva y que el comisionista que ha nombrado un sustituto con el consentimiento del principal queda fuera del contrato, es decir "cesará su responsabilidad"). La segunda se deduce del propio artículo 1721 que acabamos de "reescribir". Lo que hace el artículo 1722 es reforzar la posición del mandante permitiéndole que se dirija, además, contra el sustituto nombrado sin su consentimiento o nombrado "en contra de las instrucciones del principal" (porque la autorización para nombrarlo no incluía, en ningún caso, la posibilidad de nombrar a una persona incapaz o insolvente).

sea un trabajador de la sociedad, bien porque el profesional sea un "asociado") (*infra* a)<sup>809</sup>.

a) Cuando un cliente contrata con la sociedad la prestación de un servicio profesional, y éste es encomendado por la segunda a un profesional empleado o asociado de la misma, es evidente que no puede hablarse de *sustitución en sentido estricto*. En efecto, no hay verdadera sustitución porque la sociedad no "sale" del contrato con el cliente ni se despoja en modo alguno de las facultades que le otorga el cliente; antes al contrario, quienes en tal caso las ejercitan siguen siendo delegados suyos y sólo en ese concepto actúan, sin romper por consiguiente con la sociedad sus lazos de subordinación jurídica. Frente al cliente, no es el profesional sino la sociedad quien está obligada.

b) El otro supuesto es aquél en el que *el profesional actúa como órgano de la sociedad*. En este caso y por razones que son de sobra conocidas, no es posible que nos planteemos tampoco una semejanza con la sustitución en el mandato que permita la aplicación analógica de sus normas. En efecto, la actuación de las personas jurídicas a través de sus órganos debe considerarse como una *actuación directa* de la sociedad a través de las personas que la representan, de manera que lo realizado por las mismas ha de entenderse realizado por la propia persona jurídica de modo inmediato. *La persona considerada como órgano es la misma persona jurídica actuando*<sup>810</sup>. Es pues,

---

<sup>809</sup> A nuestro juicio, y como se desprende de lo expuesto en el texto, el tipo de relación entre el profesional y la sociedad es clave para la comprensión adecuada de esta problemática, fundamentalmente, porque reduce notablemente la necesidad de examinarla en términos de sustitución y subapoderamiento. Para una perspectiva distinta, v., R. GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp.229-233.

<sup>810</sup> Así, L.DIEZ-PICAZO, *La Representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1.979, p.70. Sobre el concepto de órgano social vid. GIRON, *Derecho de sociedades*, pp. 303-306; W.FLUME, *Die juristische Person*, en *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1<sup>o</sup> Band, 2<sup>o</sup> Teil, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 1.979, pp. 377-379.

la propia sociedad quien realiza *directamente* la actuación por conducto de las personas que la representan. No hay sustitución alguna.

4. La doctrina que criticamos podría todavía tratar de salvarse aún aceptando nuestra opinión de que los artículos 1721 y 1722 CC sólo regulan el supuesto de la sustitución y, por tanto, que su aplicación a la relación entre la sociedad profesional y sus socios o trabajadores profesionales no es posible. Para ello calificarían tal relación como submandato y afirmarían que, igual que en el caso de la sustitución, el mandante tiene, en general, acción contra el submandatario. El apoyo legislativo lo encontrarían en los preceptos que, a lo largo de nuestro Código civil prevén supuestos de subcontratación y otorgan al acreedor una acción directa contra el subcontratista, tales como el art. 1551 y 1552 CC en materia de subarrendamiento.

Pues bien, ni aún así, podría salvarse la tesis que criticamos. En efecto, al margen de que los artículos 1551 y 1552 CC no se basan, probablemente, en una *ratio* consistente en atribuir, con carácter general, acciones directas al arrendador contra el subarrendatario<sup>811</sup>, y, por tanto, no sirven para construir,

---

<sup>811</sup> Dichos preceptos conceden acción al arrendador contra el subarrendatario únicamente en dos supuestos: "por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada" (art.1551) y "por el importe del precio convenido en el subarriendo" (art. 1552). Aunque no podemos pronunciarnos al respecto con suficiente seguridad, es probable que la *ratio* del art. 1551 CC tenga más que ver con el art. 1717 CC -acción del mandante contra el tercero con el que contrató el mandatario en nombre propio cuando se trate de "cosas propias del mandante"- que con los arts. 1721 y 1722 CC (v., al respecto, A. HERNANDEZ MORENO, "Comentario al art. 1717" en *Comentario II*, p 1544-1545). En efecto, cuando el artículo 1551 CC concede al arrendador una acción directa contra el subarrendatario por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario, el "título" que legitima al arrendador para dirigirse contra el subarrendatario no es el contrato de subarrendamiento (en el que el arrendador no es parte), sino el hecho de que el arrendador es propietario de la cosa y su titularidad no debe verse perjudicada por la actuación del arrendatario. Obsérvese, además, que el arrendador puede reclamar, no sobre la base del contrato de subarrendamiento, sino sobre la base del contrato de arrendamiento ("en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario") de manera que podría darse la circunstancia de que el subarrendatario estuviera usando la cosa arrendada de conformidad con lo pactado por él con el arrendatario y, por tanto, que no estuviese incumpliendo el contrato de subarrendamiento y que tal uso pudiera ser prohibido por el arrendador sobre la base de que es contrario a lo pactado en el contrato de arrendamiento. La acción que otorga el art. 1552 CC, por su parte, parece más bien, un supuesto relacionado con el recogido en el artículo 1186 CC (atribución al acreedor insatisfecho del *commodum representationis*).

con carácter general, una acción directa del acreedor contra el subdeudor, lo que parece de todo punto inadmisibile es configurar la relación entre la sociedad profesional y sus socios, asociados o trabajadores como un supuesto de subcontratación<sup>812</sup>. En realidad, tal pretensión no es sino una nueva forma de resucitar la teoría del doble contrato "inventando" un contrato inexistente. La sociedad no subcontrata con el profesional la ejecución del encargo. Ejecuta ella misma el encargo con los medios personales de los que dispone. Admitir lo contrario significaría tanto como negar cualquier valor a la personalidad jurídica o no comprender en absoluto su significado. Valen pues las observaciones críticas que se realizaron a la teoría del doble contrato.

## V. ARTICULO 11.2 DE LA LEY DE AUDITORIA COMO REFLEJO POSITIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ACTUANTE INDEPENDIENTE.

1. Rechazada la doctrina del doble contrato y la aplicación analógica de las reglas sobre la sustitución en el mandato para construir *de lege lata* la responsabilidad del profesional, tal responsabilidad puede fundarse positivamente en la aplicación analógica del artículo 11.2 de la Ley de auditoría. En la parte que ahora interesa, el mencionado precepto establece que cuando la auditoría de cuentas se realice por un auditor que pertenezca a la sociedad, responderán tanto el auditor como la sociedad de forma directa y

---

<sup>812</sup>Pero no por las razones alegadas por la doctrina que ha estudiado más recientemente el tema. Sobre la base de que el subcontrato no tiene una vida desligada del contrato y que la vigencia del contrato base resulta necesaria para la del subcontrato, se alega que el profesional "no puede considerarse como subcontratista pues la relación sociedad socio no se constituye con motivo del contrato de prestación de servicios profesionales celebrados con el cliente, sino que preexiste a éste" (R. GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p 233). A nuestro juicio, tal argumentación es muy formal puesto que siempre podría afirmarse que la relación sociedad socio constituye un contrato marco en el que se prevé la futura subcontratación de todos aquellos encargos que eventuales clientes hicieran a la sociedad.

solidaria<sup>813</sup>. A nuestro juicio, la *ratio* de esta norma que impone la responsabilidad personal directa del auditor, se encuentra en el principio general antes aludido que afirma la *responsabilidad directa del profesional como contrapartida a la independencia o discrecionalidad técnica que caracteriza su actividad*. Discrecionalidad técnica que justifica el que deban asumir los riesgos de los daños que ocasionan con su conducta. En el caso que nos ocupa la independencia profesional se concreta en el amplio margen de autonomía con la que los auditores desarrollan sus funciones en el marco societario. De no exigirse esta responsabilidad directa se plantearía -como vimos- un problema de incentivos para el cumplimiento diligente de sus obligaciones frente a los terceros que se relacionan con la sociedad.

Pues bien, si tenemos en cuenta que los servicios de auditoría han sido los primeros servicios profesionales prestados de forma generalizada a través de formas societarias, no es extraño, que hayan sido leyes de auditoría, las primeras expresiones legales del principio de responsabilidad profesional como contrapartida necesaria a la independencia técnica propia del ejercicio de su actividad, lo que la convierten en una norma positiva especialmente idónea para ser extendida analógicamente a todas las sociedades de servicios

---

<sup>813</sup>Esta es asimismo la previsión que realiza el art. 59 párrafo segundo del Reglamento. El precepto reglamentario que acabamos de reseñar es, como se decía, copia y no desarrollo del párrafo segundo del artículo 11 de la Ley; decimos esto, porque se ha perdido una ocasión inmejorable de corregir la defectuosa técnica con que se redactó el texto en el año 1.988. En ningún momento se aclara que esta norma se aplicará al auditor que firme el informe en nombre de la sociedad y como socio de la misma; nada impide pertenecer a varias sociedades o, si la sociedad se lo admite, trabajar además como auditor individual, de modo que nos podemos encontrar con que una sociedad puede responder solidariamente con el auditor por los daños que éste provocó ejerciendo por su cuenta o por cuenta de la sociedad. Y ante tamaño despropósito es fácil comprender que pese a la dicción literal del precepto el presupuesto de hecho que se quiso regular no pasa por la pertenencia a la sociedad -como establece el precepto-, sino por el ejercicio de la actividad en nombre y por cuenta de aquélla; en este sentido está redactado el segundo párrafo del artículo 59. Ha de aclararse no obstante, que si bien el primer párrafo del número mencionado, sirve de fundamento a los fines que nos hemos propuesto, no puede sin embargo compartirse en absoluto lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo, cuando, subsidiariamente, declara responsables solidarios a los restantes auditores que forman parte de la sociedad. Sobre esta cuestión v. lo que se dirá en *infra* §33, a propósito del régimen de responsabilidad de los demás socios profesionales no actuantes por la actuación de uno de ellos.

profesionales<sup>814</sup>. La *identidad de ratio* es lo que en definitiva permite justificar la aplicación analógica de dicho precepto<sup>815</sup>.

### § 30. Régimen jurídico de la responsabilidad personal del profesional actuante.

#### I. NATURALEZA JURIDICA, CONTENIDO Y REGLAS APLICABLES.

1. Establecido el fundamento de la responsabilidad del profesional actuante, corresponde ahora dibujar los rasgos definitorios de tal responsabilidad. A nuestro juicio, la calificación más correcta pasa por afirmar su carácter *contractual*<sup>816</sup>.

a) Como es sabido, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual se funda en si el daño se ha producido existiendo o no entre el que actúa y el perjudicado una relación jurídica dentro de cuya órbita se haya producido el perjuicio. Así las cosas, la responsabilidad extracontractual representa un daño causado con independencia de cualquier relación existente entre las partes. Por contra, la responsabilidad contractual presupone la

---

<sup>814</sup>Así BUSSOLETI, *Società di revisione*, p.319, cuya opinión es recogida por GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 233-234. *Contra*, esta autora y RESCIGNO, *La società fra professionisti*, pp. 98-99, afirmando a tal efecto que "*la excepciónalidad que el régimen de responsabilidad del artículo 11.2 LAC representa respecto del derecho común de sociedades, sean de carácter personalista o capitalista, hace difícil admitir el procedimiento analógico*". Afirmación esta que no podemos compartir siempre que, como en este caso, pueda predicarse una identidad de *ratio*.

<sup>815</sup>Contra esta consideración MEZQUITA DEL CACHO, "Sociedades de profesionales liberales", *ASN*, 1.993, p.403, por estimar -erróneamente a nuestro juicio- que "no hay comunidad de *ratio* con las actividades de naturaleza civil que pivotan sobre bases profesionales de consejo y confianza".

<sup>816</sup>El carácter contractual constituye asimismo un punto común en las distintas construcciones que han tratado de justificar la responsabilidad personal del profesional dentro del marco societario. Así, PAZ-ARESS, *Comentario*, p.1.407; GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp.241-244; J.ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo S.A, Madrid, 1.985, p.214, también afirma que la relación de un paciente con el médico de un gabinete privado de médicos que contrata como entidad con su clientela es también una relación contractual, si bien no compartimos su razonamiento.

existencia de una obligación entre las partes, *normalmente* derivada de un contrato. Ello no significa sin embargo, que sea necesario en todo caso la preexistencia de un contrato para poder afirmar el carácter contractual. En efecto, es doctrina generalizada la que entiende que nos hallamos también ante esta modalidad de responsabilidad siempre y cuando entre el agente -dañador- y el perjudicado haya una *relación jurídica cualquiera*, que obligue al primero a un determinado tipo de conducta<sup>817</sup>. En este sentido, tal y como se ha señalado basta con la acreditación de una relación de "contacto social"<sup>818</sup>.

b) En la sociedad profesional, parece claro que la relación que une al cliente con el profesional actuante, aún no mediando un contrato entre ambos, no puede equiparse a la relación de terceros sin relación jurídica alguna entre ellos que origina la responsabilidad extracontractual. Antes al contrario, parece más razonable equiparlo a una relación contractual. La situación de "contacto social" entre el profesional actuante y el cliente, actuaría como fundamento de la existencia de una relación directa entre ambos<sup>819</sup>.

Para apercibirnos de ello conviene -siquiera brevemente- describir el carácter de las relaciones entre profesionales y clientes. En este sentido debe

---

<sup>817</sup>En el sentido indicado en el texto, R.DE ANGEL YAGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Universidad de Deusto, Madrid, 1.993, p.251. y allí amplia referencia jurisprudencial; J.MORENO CARRILLO, "Situación actual de responsabilidad civil", en RGD 1.994 julio-agosto pp. 7739.

<sup>818</sup>Así, F.PANTALEON, "Comentario a la sentencia del TS de 19 de junio de 1984", CCJC, 1.984, n.6, p.1876.

<sup>819</sup>La idea de "contacto social", fue apuntada por primera vez en nuestra doctrina en el ámbito de las sociedades profesionales por PAZ-ARES, *Comentario*, p.1407. Posteriormente GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 229, 243. Sin aludir expresamente al "contacto social" pero reconociendo el mismo, VICENT CHULIA, en su comentario a la Resolución de la DGRN de 23 de abril de 1993, en RGD, diciembre 1.993, p.11976, afirma que: "*Con esta formalización en dos contratos o sin ella, no cabe duda que debe reconocerse esta doble relación jurídica, de la que deriva la responsabilidad civil y administrativa de la sociedad, y la responsabilidad civil, administrativa y penal de los profesionales socios (o en su caso, de los profesionales asalariados) que intervienen, personalmente o en grupo, en la prestación de los servicios profesionales*".



tenerse en cuenta que cuando un cliente encarga a un abogado un asunto o solicita los servicios de un médico, se establece entre cliente y abogado o entre paciente y médico una relación de carácter personal al margen o añadida a la relación jurídico-contratual que articula el intercambio de servicios por precio. Decimos que se establece una relación de carácter personal en el sentido de que cliente y profesional han de mantener un contacto personal durante toda la vida de la relación, tienen que suministrarse informaciones, proponer estrategias o tratamientos, explicar ventajas e inconvenientes etc. Se crea, pues, una "relación cercana" que, a menudo, se convierte en una relación de intimidad y de gran confianza. No es extraño, por tanto, que la literatura norteamericana utilice la expresión *close relationship* para describir esta situación. Situación que no cambia por el hecho de que la prestadora de los servicios profesionales sea una sociedad. Aún más, tampoco desaparece por el hecho de que el profesional sea una enorme *law firm* con centenares de abogados o un hospital de grandes proporciones. La única diferencia consistirá, en su caso, en el número de profesionales con los que el cliente o el paciente tendrán relación, pero *en ningún caso desaparecerá el contacto personal y directo con alguno o algunos de ellos*. En efecto, los profesionales normalmente tiene sus propios clientes y casos, y los clientes conocen, en todo caso, qué profesional concreto se encarga de llevar su asunto. El cliente mantiene en fin, una relación con un profesional o profesionales determinados, y no con el conjunto de la sociedad<sup>820</sup>. La situación de

---

<sup>820</sup>En la prestación de servicios profesionales puede existir un elemento producción en equipo, pero no lo suficientemente importante que pueda, hacer diluir la identificación y consiguiente responsabilidad del profesional encargado. Por ello se ha señalado con razón que la prestación de servicios profesionales a través de una sociedad profesional no puede considerarse como un supuesto claro de "producción en equipo" en las que, por definición, la actividad y la aportación individual al producto final es difícilmente identificable. V., en general, sobre esta comprensión de la empresa, A.A. ALCHIAN & H.DEMSETZ, "Production, information costs and economic organization", *Am. Ec. Rev.*, 1979, vol. 62, pp.777-795, traducido al español en el libro, de L-Puterman, *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 141 ss.

"contacto social" actúa así como fundamento de una relación directa entre ellos.

2. En relación a su *contenido*, debe afirmarse que la responsabilidad del profesional actuante frente al cliente de la sociedad no es responsabilidad por incumplimiento de contrato. Es decir, el profesional que se ve demandado por un cliente de la sociedad para la que trabaja o de la que es socio solo tiene, frente al cliente, una *responsabilidad de carácter indemnizatorio*<sup>821</sup>. Es evidente, por ejemplo, que el cliente que ha contratado los servicios de una sociedad profesional, servicios que le son prestados por un profesional concreto, no podrá, frente a éste ni exigirle (personalmente) el cumplimiento del contrato ni, por ejemplo, resolverlo. Sencillamente, porque no ha contratado tales servicios con él: el profesional no le debe la prestación. Su deudor contractual es la sociedad y será frente a ésta frente a quien podrá ejercitar tanto la acción de cumplimiento como la acción de resolución. Frente al profesional actuante, la acción del cliente es pues, puramente indemnizatoria. Tiene derecho a que el profesional indemnice, con cargo a su patrimonio personal, los daños que su actuación le hubiera causado. Y está obligado a indemnizar porque el profesional asume -frente al cliente- el riesgo de su mala praxis precisamente por la discrecionalidad o independencia técnica que caracteriza el ejercicio de su actividad.

3. La calificación como contractual -de contenido indemnizatorio- permite además que el profesional actuante responda frente al cliente, según las *normas que gobiernan la responsabilidad contractual*, lo que técnicamente parece más parece más correcto, toda vez que el daño se

---

<sup>821</sup>Se trata pues, no de una responsabilidad específica, sino genérica.

produce dentro de la prestación debida<sup>822</sup>. En este sentido le serán de aplicación las limitaciones de responsabilidad válidamente concertadas con la sociedad, el cómputo del daño resarcible de acuerdo con el criterio de previsibilidad (art. 1.107 CC), el plazo de prescripción contractual, la inversión de la carga de la prueba, etc.

Naturalmente, lo que se acaba de afirmar no es óbice para que deba calificarse como extracontractual la responsabilidad en la que incurra el profesional en el caso de que su mala actuación haya causado daños a terceros distintos del cliente que ha contratado con la sociedad.

4. Sentada la naturaleza contractual de la responsabilidad del profesional actuante y las reglas aplicables al mismo, conviene despejar una duda relativa al propio concepto de profesional actuante.

a) En principio con el calificativo de *actuante*, hemos querido referirnos gráficamente a áquel profesional que asume personalmente la prestación profesional encargada a la sociedad, y que como tal debe responder de las consecuencias de su actuación.

b) Existe sin embargo una tendencia generalizada a exigir responsabilidad directa del profesional, no sólo por las consecuencias perjudiciales de su defectuosa actuación profesional, sino también por la negligencia o *mala praxis* cometida por alguna persona que se encuentra bajo su directa supervisión y control<sup>823</sup>. Ciertamente esta regla no es extraña a

---

<sup>822</sup> Así GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.244.

<sup>823</sup> A pesar del variado abanico de soluciones, la apuntada en el texto constituye sin duda, la solución más generalizada en la mayoría de los estados norteamericanos que han regulado la incorporación de los profesionales a las formas corporativas. La doctrina ha considerado la misma como un compromiso razonable entre la limitada e ilimitada responsabilidad, adecuada al carácter híbrido de las *Professional Service Corporations*. En efecto, aún no extendiendo la responsabilidad directa e ilimitada de los profesionales para toda cuestión profesional suscitada bajo el ámbito de la sociedad (típica de las *Partnership*), lo cierto es que se considera que la exigencia de responsabilidad directa e ilimitada del profesional, tanto por el daño ocasionado

nuestro derecho. Siempre que esas personas intervengan en la relación obligatoria por iniciativa del profesional<sup>824</sup>; su actividad esté instrumentalizada a la ejecución de la prestación; y permanezcan ajenos a la relación obligatoria que une al profesional con el cliente<sup>825</sup>, se dan los tres presupuestos esenciales para afirmar la responsabilidad del primero, que es quien personalmente asume la realización o dirección del servicio profesional<sup>826</sup>. En estos casos, aplicando las reglas de derecho común, el profesional debe responder de la negligencia o *mala praxis* cometida por alguna persona que se encuentra bajo su directa supervisión y control

---

en el ejercicio de su actividad, como por la actividad desarrollada por personas que estén bajo su control o supervisión, protege el interés público y la confianza de los clientes, a los que también las normas profesionales americanas tratan en todo caso de proteger. (Vid. los conflictos de compatibilizar las prácticas corporativas con la tradicional visión de la responsabilidad personal e ilimitada las profesiones liberales en N.SCHNEIDER, "Incorporated lawyers-the viels rises and falls", *Cincinnati law review*, vol.55, 1987,785 y ss; J.M.GRIPPANDO, "Don't take it personally-limited liability for attorney shareholders under Florida's professional service corporation Act", en *Florida state university law review*, vol.15, 1987, pp. 279-320; R.C.HANNAH, "Professional corporations: shareholder liability and the saving clause", en *Arkansas law review*, vol.42, 1989, p.777 y ss; K.M.MAYCHECK, "Shareholders liability in professional legal corporations: a survey of the states", en *Pittsburgh law review*, vol.47, 1986, p. 817 y ss; D.PASS, "Professional Corporations and attorney-shareholders: the decline of limited liability", *The Journal of Corporation Law*, vol.11, n.1, 1.985, pp.371-390; C.M.C.KOMYATI, "Professional Legal Corporations: limited or unlimited liability for shareholders in Missouri after First Bank & Trust Co. v. Zagoria?", *Sant Louis University Law Journal*, vol.28, 1.984, pp.297-310; T.J. O'HEARN, "Professional Corporations. Shareholders liability in Ohio: confounding attorneys and others", *Akron Law Review*, vol.17,n.1, 1.983, pp.143-154). Asimismo, en el sentido indicado en el texto, v. el §8.2 de la *Partnerschaft* alemana. (Al respecto v. HENSSLER, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, pp. 228-229). También el art. 2232 *Codice civile*. Vid., CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, pp. 106 ss. La misma solución se aplica en el marco de una *società di revisione*. V. M.BUSSOLETI, *Società di revisione*, p.318.

<sup>824</sup>El carácter personalísimo que caracteriza la prestación de servicios profesionales excluye obviamente la sustitución en el cumplimiento pero no el simple empleo de colaboradores, que siguiendo las órdenes e instrucciones del profesional encargado le auxilien en la realización del encargo. Así como dato legislativo en esta materia, el artículo 2232 del Código civil italiano, después de afirmar que el profesional debe ejecutar personalmente el encargo que le ha sido encomendado, admite que bajo su dirección y responsabilidad se valga de auxiliares.

<sup>825</sup>El auxiliar no asume la condición de deudor frente al acreedor, es pues un tercero ajeno al acreedor; no son parte del mismo contrato, no están vinculados entre sí. Es más en el caso en que el auxiliar o colaborador asumiera una obligación frente al acreedor dejaría de ser tal y se convertiría en deudor.

<sup>826</sup>En general sobre la responsabilidad del deudor contractual por culpa de sus auxiliares vid. TORRALBA SORIANO, "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de la obligación", en ADC, 1971, pp. 1143 ss; F.JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1.994; M.JIMENEZ HORWITZ, *La imputación al deduor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1.996; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 592 ss.

(*responsabilidad por hecho ajeno*) con independencia de su culpa (*responsabilidad objetiva*)<sup>827</sup>. Naturalmente, si no ha existido culpa por su parte, podrá regresar contra el miembro del equipo que haya actuado negligentemente, es decir, el carácter objetivo de la responsabilidad del profesional que asume la dirección o control lo es sólo *ad extra*, en beneficio del cliente. En las relaciones internas, la responsabilidad vuelve a subjetivarse a través del derecho de repetición.

En el ámbito profesional esta responsabilidad se activa muy frecuentemente en los equipos médicos que en su momento denominamos equipos "jerárquicos" o "verticales", esto es, formados por un jefe de equipo al que acompañan una serie de personas que actúan en calidad de auxiliares o colaboradores del primero<sup>828</sup>. En efecto, en la práctica es harto frecuente que el paciente únicamente se relacione y concluya el contrato de prestación de servicios médicos con el médico jefe de un equipo. Los otros miembros del equipo intervienen materialmente en la curación del enfermo, pero permanecen ajenos a la relación obligatoria que vincula al cliente y al jefe del equipo. Así por ejemplo lo normal es contratar con el ginecólogo que va a officiar el parto, y no con la comadrona, enfermeros y demás auxiliares de su equipo, a los cuales, normalmente no se les conoce hasta el momento mismo de la intervención. La confianza se deposita pues, en el jefe del equipo, en cuanto ejecutor directo de la prestación médica y en cuanto coordinador de la actividad de los distintos miembros de su equipo<sup>829</sup>. Siendo el jefe del equipo el único deudor de la prestación médica frente al enfermo, debe asumir como propio el incumplimiento ocasionado por la actividad negligente de sus colaboradores, en virtud del *principio general de responsabilidad del deudor por la actuación de sus auxiliares*. Esta solución podría considerarse contradictoria con el principio de independencia profesional del médico. Pero la crítica debe ser rechazada porque, a efectos de responsabilidad del deudor por la actuación de sus auxiliares, se consideran como tales, no sólo los

---

<sup>827</sup> Sobre el alcance y fundamento del carácter objetivo de la responsabilidad del deudor por sus colaboradores o auxiliares vid. M.JIMENEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 83 ss.

<sup>828</sup> Así M.JIMENEZ HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo*, pp. 565 ss.

<sup>829</sup> V. al respecto D.WILHEM, *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, 1.984, pp. 95-96.

dependientes y subordinados sino cualquier sujeto que, por iniciativa del deudor, participa en el cumplimiento de la obligación, incluso, aunque actúe en relación de independencia<sup>830</sup>.

Asimismo dentro del ámbito societario, la Ley de Auditoría establece en su artículo 10.3 que: "La *dirección y firma* de los trabajos de auditoría corresponderá, en todo caso, a uno o varios de los *socios auditores* de cuentas de la sociedad de auditoría de cuentas", que serán los que, *como profesionales actuantes*, deban asumir frente a los clientes las consecuencias dañosas del informe que hayan firmado, con independencia de que para la realización del mismo hayan recurrido a la colaboración de otras personas.

c) Fuera de estos casos, entendemos también que el concepto de profesional actuante debe extenderse a todos aquellos profesionales que, *actuando en condiciones de igualdad*, asumen frente al cliente la coparticipación en la prestación del servicio requerido. Este sería el caso de los que denominamos en su momento "equipos horizontales". (Sobre la atribución y distribución de la responsabilidad en estos casos vid. de nuevo lo que se dijo en *supra* §3,IV)

Así pues, bajo el concepto de profesional actuante deberán incluirse, no sólo aquellos profesionales que asumen frente al cliente la prestación personal del servicio encargado, sino también aquellos otros profesionales que, en el marco de la sociedad, llevan a cabo la dirección o vigilancia de otras personas, asicomo aquellos otros que asumen una obligación frente al cliente por su participación en la prestación del servicio requerido.

## II. POSIBILIDADES DE MODIFICACION DE SU REGIMEN DE RESPONSABILIDAD.

---

<sup>830</sup> Así, F. JORDANO FRAGA, *Responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p.564.

1. Analizado el régimen jurídico de responsabilidad del profesional actuante, corresponde ahora determinar si es posible o no modificar mediante pacto, el régimen de esta responsabilidad. En concreto el problema consiste en decidir si cabe limitar por pacto la responsabilidad del profesional, configurada típicamente como una responsabilidad personal e ilimitada.

2. La respuesta negativa suele fundarse en la especial naturaleza y labor social de la actividad profesional<sup>831</sup>, pero, a nuestro juicio no constituye una razón suficiente. Responde, una vez más, a la tendencia generalizada a interpretar en clave imperativa aquellas normas que disciplinan relaciones asimétricas -como las profesionales-, en las que como sabemos, una parte se encuentra en una relación formal de supeditación respecto de la otra<sup>832</sup>.

---

<sup>831</sup> En el ámbito de la abogacía inglesa, la *Royal Commission on Legal services the Law Society* argumentó en este sentido que la inderogabilidad del régimen de responsabilidad profesional era "one of the marks of a fully developed profession". Vid. R.M.JACKSON/J.L.POWELL, *Professional negligence*, 2ª ed., (Sweet & Maxwell), Londres, 1.987, p.25. En el derecho norteamericano, la *Disciplinary Rule 6-102 (A)* del *Model Code of Professional Responsibility* de 1.969 establecía que: "A lawyer shall not attempt to exonerate himself from or limit his liability to his client for his personal malpractice". Cuando la American Bar Association (en adelante ABA), adoptó el *Model Rules of Professional Conduct (Model Rules)* en 1.983, la restricción continuó. La *ABA Model Rules 1.8 (h)* prohíbe efectivamente a los abogados contratar con los clientes ninguna limitación o exoneración de su responsabilidad personal. Sentado lo anterior lo cierto es que dicha cláusula preve a continuación lo que puede considerarse como una excepción a dicha prohibición, al establecer que no se permite limitar la responsabilidad "unless permitted by law and the client is independently represented in making the agreement...". No obstante, la doctrina entiende que sigue resultando prohibida toda limitación de la responsabilidad en la medida que ningún estado tiene una ley atinente a esta cuestión salvo las reglas de la conducta profesional mencionadas. Para más información vid. L.E.GROSS, "Contractual limitations on Attorney Malpractice Liability: an economic approach", *Kentucky Law Journal*, 1.987, vol.75, pp. 793 ss. Es precisamente esta consideración de la responsabilidad profesional (*professionals have an ethical duty to stand behind their work and remain personally liable for any negligence*) la que históricamente ha justificado, en el derecho americano, la prohibición de integrar la prestación de servicios profesionales en formas corporativas. En esta línea, Oregon y Rhode Island mantienen actualmente la prohibición tradicional y excluyen expresamente la posibilidad que las *Limited Liability Companys*, sean utilizadas para la prestación de servicios profesionales. ("a limited liability company may not render professional services"; "Every limited liability company organized under this chapter has the purpose of engaging in any business with a limited partnership may carry on, except the provision of professional services..."). Vid., D.G.CHRISTENSEN/S.F.BERTSCH, "LLC Statutes: use by attorneys", en *Georgia Law Review*, 1.995, vol.29, n.3, pp. 693 ss.

<sup>832</sup> Esta tendencia responde en definitiva a lo que se ha dado en llamar por la doctrina el *perjuicio paternalista*, como una de las causas de la imperativización creciente de nuestra regulación. En este sentido vid., PAZ-ARES, "Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL", en *Tratando*, pp. 161 ss, esp. 180-187.

3. Para plantear correctamente el problema debe recordarse que *la responsabilidad de los profesionales es, en general, una responsabilidad contractual*, regida consecuentemente, por las reglas generales del Código civil<sup>833</sup>. La dimensión pública que inequívocamente tiene la actividad del profesional liberal no debe afectar a esta consideración<sup>834</sup>, y a las posibilidades de modificación convencional de esta responsabilidad. La razón se comprende sin esfuerzo si tenemos en cuenta que la materia que estamos tratando es la relativa a la responsabilidad civil, cuya función es estrictamente

---

<sup>833</sup>De hecho no existe en la generalidad de los estatutos profesionales, una regulación autónoma de su régimen de responsabilidad, remitiéndose éstos al régimen de responsabilidad civil del Código. En este sentido es ilustrativo el Estatuto General de los Procuradores (aprobado por Real Decreto 2.046/83, de 30 de julio, cuando dispone que: "*la responsabilidad civil y penal de los Procuradores por razón de su función se exigirá con arreglo a las leyes*". La consideración de la responsabilidad profesional como una "*responsabilidad contractual, en el sentido más estricto de dicha expresión*" es reconocida incluso para los auditores, no obstante las dudas que ha planteado en ocasiones la regulación de la misma a través del art. 11 de la Ley que los regula. Compartimos en este sentido la argumentación de F. PANTALEON al afirmar que el significado del art. 11 de la Ley de Auditoría, no es sino el de una norma de remisión. La regulación de "*en qué casos y cuánto estarán los auditores obligados a indemnizar*", no es objeto de regulación directa por el mencionado artículo, sino sólo *per relationem*: su regulación habrá de buscarse en las normas del Código Civil que establecen la disciplina general de la responsabilidad contractual y extracontractual. Una interpretación distinta -tal y como pone de relieve el autor- significaría admitir que la responsabilidad del auditor es puramente objetiva, es decir que no depende de la culpa sino del simple incumplimiento, y que surge indiferenciadamente frente a cualquier dañado, con independencia de que sea parte del contrato de auditoría o sea un tercero ajeno a él. Esta conclusión sobre ser absurda -carece de sentido un régimen de responsabilidad tan excepcional y tan severo-se halla por lo demás claramente desmentida por el inciso final del art. 15.1 de la propia ley, cuyo tenor no deja margen para la vacilación: la "*responsabilidad civil [...]* en la que *en su caso* puedan incurrir [los auditores] les será exigible en la forma que establezcan las leyes". El art. 45 del Reglamento de Auditoría de Cuentas reitera esta misma idea. El significado de estos preceptos es claro. De ellos se desprende que la regulación del alcance de la responsabilidad del auditor no tiene que buscarse en el art. 11 -como se ha pensado en ocasiones [el mencionado autor da cuenta de la doctrina científica de esta opinión]- sino que habrá de buscarse en las normas generales del Código Civil que disciplinan la responsabilidad contractual y extracontractual. Vid. F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, p.40.

<sup>834</sup>Es obvio que esta relación contractual puede presentar en el ámbito profesional, *atenuaciones derivadas de la labor social* que cumplen estos profesionales, los cuales en determinados casos se ven obligados al cumplimiento de su actividad con carácter obligatorio, siempre que no exista causa legal o imposibilidad física que lo impida. Así por ejemplo en el caso de los notarios el ejercicio obligatorio de su ministerio en las circunstancias mencionadas viene establecido de forma expresa en el art.3 II del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, modificado por Decreto de 22 de julio de 1967. (Sobre la cuestión vid J.SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, pp. 711-712). De esta circunstancia se deriva ciertamente la falta de autonomía contractual que presupone la libertad de contratar cuando y con quien se quiera. Sin embargo, y pese a esta particularidad, ello *no desnaturaliza*, tampoco en esos casos, *el carácter contractual* de la relación entablada entre el profesional y el cliente que solicita sus servicios, y por ende, la responsabilidad contractual del mismo. Confirma esta posición en relación con los notarios, J.MORENO CARRILLO, "Situación actual de la responsabilidad civil", en RGD 1994, p.7753.



indemnizatoria. Si la función normativa típica de la responsabilidad contractual fuese preventivo-punitiva, la solución habría de ser distinta. Pero este cometido lo cumplen otras reglas -responsabilidades penales y administrativas- que, naturalmente están fuera de la disposición de las partes<sup>835</sup>. No es momento aquí de insistir sobre la cuestión. Aquí bastará con señalar que el hecho mismo de que la responsabilidad del profesional liberal se considere asegurable, excluye el carácter preventivo de la responsabilidad contractual y, por tanto el carácter imperativo de su régimen jurídico. Por tanto, habrá que estar a las reglas generales para decidir sobre las posibilidades de limitación convencional de la responsabilidad profesional<sup>836</sup>.

4. En este sentido debe recordarse que, cuando se habla de responsabilidad ilimitada ésta ha de entenderse como sumisión del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor (*Haftung* o responsabilidad en sentido estricto), y no como obligación de indemnizar (*Schuld* o débito)<sup>837</sup>.

---

<sup>835</sup>Para una análisis detallado vid. F.PANTALEON, "Sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", ADC, 1991, pp. 1019-1091, 1020 y 1023 ss; y en su comentario al art. 1.902, en *Comentario CC*, II, p. 1.971. También en relación a la responsabilidad contractual de los auditores esta distinción puede verse en *La responsabilidad civil de los auditores*, p.57.

<sup>836</sup>Especialmente interesante resulta a este respecto el estudio de F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, pp. 49 ss, en relación a la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad civil de los auditores a la luz de la discusión que han generado los arts. 11 y 12 de la Ley que los regula.

<sup>837</sup>Esta diferenciación responde al doble plano en el que debe contemplarse la responsabilidad. a) *Ex ante*, el problema de la responsabilidad consiste en dilucidar *cundo y en qué cuantía surge el deber de indemnizar* (el *an* y el *quantum* de los clásicos). A ello responde la responsabilidad entendida como *débito -Schuld* en la terminología alemana-, esto es, como *obligación de indemnizar* (v. por.ej. arts. 1.088, 1.102, 1.103, 1.091 CC, etc.). Este es el sentido cuando hablamos de responsabilidad por culpa, responsabilidad objetiva o responsabilidad por hecho ajeno. b) *Ex post* el problema de la responsabilidad estriba en determinar, una vez nacida la obligación de indemnizar (sea ésta con una extensión "limitada" o "ilimitada") *qué bienes del deudor están sujetos a su satisfacción*. Bajo esta perspectiva la palabra responsabilidad adquiere un significado completamente diferente. Con ella se pretende significar sumisión del patrimonio del deudor al poder de agresión del acreedor, esto es responsabilidad en sentido estricto -*Haftung* en la terminología alemana-. En este sentido contempla la responsabilidad el fundamental art. 1.911 CC, al disponer que "del cumplimiento de sus obligaciones (y entre ellas del deber de indemnizar a que nos referimos en el apartado anterior), responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". De esta distinción se ha ocupado especialmente la doctrina alemana. Así K.LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 14 ed., München, 1.987, pp. 22-23; H.HEINRICHS, en

Así pues, cuando las leyes y los ordenamientos corporativos disponen que la responsabilidad del profesional es ilimitada, no quiere decir por ello que el *an* y el *quantum* de su responsabilidad contractual no pueda limitarse en cada contrato; lo único que quiere decirse es que, cualquiera que sea el alcance de esa responsabilidad contractual, la responsabilidad patrimonial del profesional es ilimitada, es decir, que éste responde con todos sus bienes presentes y futuros. Por tanto, en modo alguno puede afirmarse que de ellos debe desprenderse la nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Ello equivaldría a decir que el art. 1.911 del Código Civil -que proclama la responsabilidad universal del deudor- obsta la validez de cualesquiera cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, lo cual es manifiestamente absurdo.

Así las cosas, la posibilidad de limitar la responsabilidad del profesional debe ser entendida como una limitación del *quantum respondatur*<sup>838</sup>, y en este sentido debe confirmarse en principio -de acuerdo con las reglas generales que dan primacía a la autonomía privada (art. 1.255 CC)-, la posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad del profesional derivada de su incumplimiento.

Naturalmente habrán de tenerse en cuenta los límites que -como en cualquier otro ámbito- restringen el área de la autonomía de la voluntad a este respecto.

---

*Palandt BGB*, 53ed., München, 1.994, Vor §241, 13-14, p.218; H.KRAMER, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, 2ª ed., München 1985, Vor § 241, 41-42, p.25, etc. En nuestra doctrina, v. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, 1.996, 5ªed, pp. 59-62; F.PANTALEON, *Responsabilidad civil del auditor*, pp. 16-21, y allí referencias.

<sup>838</sup>En este sentido, cuando se habla de limitación de la responsabilidad entendida como *Shuld*, se quiere decir que, "por pacto o disposición legal no rige el principio de resarcimiento integral del daño, porque el objeto de la obligación resarcitoria, la indemnización debida, no puede exceder de determinada cuantía": F.PANTALEON, *Responsabilidad civil de auditor*, p.17.

a) Así en relación a las limitaciones cualitativas esto es, a las cláusulas de exoneración de responsabilidad<sup>839</sup>, el primer y más indiscutible límite viene dado por el art. 1.102 del CC<sup>840</sup>, que rechaza de plano las cláusulas de exoneración de la responsabilidad derivada del dolo del profesional<sup>841</sup>.

Las dudas se plantean en relación a la exoneración o limitación de la responsabilidad por culpa grave del profesional, que la doctrina dominante probablemente considera inadmisibles<sup>842</sup>. En nuestra opinión sin embargo no deben ponerse obstáculos a la admisión de tales modificaciones del régimen legal de responsabilidad. En favor de la validez de las cláusulas de exoneración por culpa grave -que naturalmente no incluye el dolo eventual- pueden ofrecerse tres argumentos<sup>843</sup>:

El primero viene dado por el tenor literal del art. 1.102 del CC, que sólo habla del dolo. Tratándose de una norma excepcional -en cuanto que

---

<sup>839</sup>Estas cláusulas limitativas afectan a la determinación de la responsabilidad (al *an* de la misma). El objetivo que persiguen es excluir o atenuar la responsabilidad que podría exigirse en caso de resultar aplicables los criterios legales. Se trata de supuestos en que, no obstante existir una infracción derivada del contrato, la existencia del pacto exoneratorio excluye su misma relevancia a los efectos de responsabilidad

<sup>840</sup>Art. 1.902: "*La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia a la acción para hacerla efectiva es nula*".

<sup>841</sup>Conviene señalar que la *ratio* de este precepto no se vincula tanto a las exigencias de la moral o el orden público -como frecuentemente sostienen los tratadistas-, cuanto al hecho de que excluir la responsabilidad por dolo equivale a excluir la voluntad de obligarse, que es necesaria -según se desprende claramente de los arts. 1.115 y 1.256 del CC- para que pueda haber contrato. Este punto queda perfectamente perfilado en las siguientes palabras del profesor ALBALADEJO: "*Dentro del incumplimiento culpable se puede distinguir [...] el debido a negligencia (culpa estricta) del debido a propósito deliberado de incumplir (dolo). Solo a éste es al que no se puede extender la exención de responsabilidad. Ordinariamente se considera que la razón de tal imposibilidad se halla en que sería inomral tolerar lo contrario, aunque sólo fuese porque podría inclinar a ser doloso al deudor que se sabe seguro de su impunidad. Más independientemente de este razonamiento, hay uno más contundente: admitir la exención de responsabilidad por dolo sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor (que podría incumplirla si quisiese); lo que -conceptualmente- equivaldría realmente a no obligarle a nada, y -positivamente- choca con el texto legal que proclama el cumplimiento de los contratos [...] no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*". M.ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, 8ª ed., Barcelona 1.989, p.180; en el mismo sentido F.BADOSA, "Comentario al art. 1.903" en *Comentario CC*, II, p.38. En rigor, las consideraciones morales o de orden público sólo podrán intervenir en casos en los que estuviesen en juego bienes superiores, como son, por ejemplo, la vida o integridad de las personas.

<sup>842</sup>J.L.LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2ª ed., Barcelona, 1.985, pp. 239-240; V.MOONTES, en M.R.VALPUESTA FERNANDEZ (coord.), *Derecho de las obligaciones y los contratos*, Valencia, 1.994, pp. 212-213; A.M.MORALES MORENO, "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa", *ADC*, 1.982, p.609; F.JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1.991, pp. 362 ss; M.GARCIA AMIGO, *Claúsulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1.965, p.147; J.M.GONZALEZ PORRAS, "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil", *RDM*, 1.978, pp. 501-502; S.DIAZ ALABART, *Comentarios al Código civil* [dirigidos por M.ALBALADEJO], XV-1, Madrid, 1.989, p.580; etc.

<sup>843</sup>Apuntando los mismos v. F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, p.52.

es excepción al principio general del art. 1.255 CC- ha de ser objeto de interpretación restrictiva (v. art. 4.2 CC)<sup>844</sup>.

El segundo argumento conecta con la ratio del citado art. 1.102 del CC. Si la exoneración de responsabilidad por culpa grave no entraña - como se aprecia a simple vista- exclusión de la voluntad de obligarse, carece de sentido aplicarle por analogía un precepto cuya ratio es -según vimos más arriba- evitar precisamente que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes.

El tercer argumento se dirige en fin, contra la idea implícita de la exposición de muchos tratadistas, de acuerdo con la cual la exoneración de la responsabilidad por culpa grave sobrepasa los límites de la moral o del orden público<sup>845</sup>.

Nadie duda por otra parte, que la responsabilidad derivada de la culpa grave -a diferencia de la que proviene de dolo- es asegurable<sup>846</sup>; ni que la posibilidad del asegurador de regresar contra el asegurado se halla limitada -según se desprende del art. 76 de la Ley del Contrato de Seguro- única y exclusivamente al caso de dolo.

Las consideraciones precedentes se hallan respaldadas por lo demás, por un autorizado sector de nuestra doctrina<sup>847</sup>; y a ellas no es ajena tampoco la jurisprudencia más moderna<sup>848</sup>.

---

<sup>844</sup>Por otra parte el art. 1.103, que es el precepto que específicamente se ocupa de la responsabilidad por negligencia, no hay restricción alguna a la posibilidad de su exoneración contractual. De ello se sigue que, en nuestro ordenamiento, no existe fundamento normativo alguno para la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*. V. por todos DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, 1.2ªed., Madrid, 1.983, p.723; para una crítica detallada del aforismo tradicional v. R.ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*, Madrid, 1.977, pp. 281 ss con abundante información.

<sup>845</sup>Nos parece obvio, sin embargo, que este juicio no puede generalizarse. Es cierto que en algunas ocasiones -concretamente cuando están en juego bienes de relevancia constitucional (por ejemplo la vida o la integridad física [situaciones éstas que pueden estar en juego en el caso de las relaciones médicas])- la exclusión de la responsabilidad por culpa grave infringiría claramente aquellos límites. No sucede así, en cambio, en el contexto de otros contratos profesionales -auditores, arquitectos, en muchos casos abogados -, en los que únicamente cabe pensar en daños puramente económicos.

<sup>846</sup>V. art. 19 LCS. V. por todos R.ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*, pp. 286 ss, y, después de la publicación de la Ley de Contrato de Seguro, F.SANCHEZ CALERO, *Comentario a la Ley de Contrato de seguro*, I, Madrid, 1.984, p. 280.

<sup>847</sup>V. entre otros, L.DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, 4ª ed., 1.993, p.616; M.ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-1, p.167; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, VIII-1, 6ªed., revisada por MORENO MOCHOLI, Madrid, 1.967, p.236; J.CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, III, 10ªed., Madrid, 1.967, p.171; y últimamente A.CARRASCO PERERA, *Comentarios al Código Civil*, [dirigidos por M.ALBALADEJO], XV-1, Madrid, 1.989, p.472, y F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, pp.51-53.

<sup>848</sup>En este sentido resulta ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 22 de mayo de 1.987, que revisa la doctrina de la vieja sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1.875. En su considerando tercero (transcrito por F.Pantaleón, *La responsabilidad civil de los auditores*, pp.52-53) expresa con rotundidad: "Así concretados los términos del debate, la cuestión se reduce a examinar el posible alcance de la referida cláusula de exoneración de responsabilidad. Por de pronto, debe señalarse, en cuanto a la validez de esta clase de cláusulas, que, aunque en el antiguo Derecho civil español se negaba la validez de esta exoneración cuando se trataba de la llamada culpa lata -y así se pronunció el Tribunal Supremo en una vieja

De lo anterior se desprende la conclusión de que, con arreglo a nuestro sistema general de responsabilidad contractual, cabe excluir válidamente la responsabilidad del profesional por culpa grave propia, y, naturalmente a fortiori, la responsabilidad del profesional por culpa leve propia.

b) A la vista de las consideraciones precedentes, el examen de las limitaciones cuantitativas de la responsabilidad contractual del profesional<sup>849</sup>, no presenta obviamente, problema alguno; y es que, por lo menos en la misma medida en que se admita la validez de las cláusulas de limitación cualitativa -o cláusulas de exoneración- de responsabilidad, ha de admitirse la validez de las cláusulas de limitación cuantitativa de la responsabilidad: quien puede lo más -exonerarse de la responsabilidad- ha de poder lo menos -limitar la cuantía de su responsabilidad-.

6. La posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad personal de los socios profesionales a una suma determinada, ha sido confirmada por lo demás en la reciente regulación de la *Partnerschaft* alemana (Art.1,§ 8), quien sin entrar a regular la cuestión, remite la misma a los correspondientes ordenamientos profesionales, exigiendo únicamente con carácter general, la necesidad de suscripción de un seguro de responsabilidad profesional, bien por los socios, bien por la *Partnerschaft*<sup>850</sup>.

---

*sentencia de 2 de junio de 1875-, la común opinión doctrinal que, desde luego, comparte esta Sala, entiende que, publicado el Código Civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de culpa lata, ni contienen prohibición de renunciar a la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expreso al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1102 CC), por más que la palabra "igualmente", puesta en el art. 1103 CC pueda ser origen de alguna vacilación inicial, la conclusión debe ser que cabe la renuncia de esta acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo, que nmo es, ciertamente, el caso de los autos. Doctrina, la anterior, que sólo cabría excepcionar en los supuestos en que exista entre los contratantes una desigualdad que no haya permitido al acreedor discutir la cláusula con su deudor (piénsese en el contrato de trabajo o en los contratos concluidos con grades compañías)".*

<sup>849</sup>Este tipo de limitaciones no afectan para nada a la determinación de la responsabilidad del profesional, que opera conforme a los criterios legales. Lo que ocurre es que el *quantum* de la responsabilidad se limita respecto a la que sería su medida normal -es decir, la medida que resultaría de aplicar los criterios legales de liquidación del daño-.

<sup>850</sup>No todos los ordenamientos profesionales se han ocupado de esta cuestión. La nueva regulación de los abogados, auditores y asesores fiscales si lo han hecho, estableciendo que la limitación de responsabilidad de los profesionales puede realizarse, bien a través de un contrato individual bien a través de condiciones preformuladas (*vorformulierten Vertragsbedingungen*). En el caso de los abogados, su ordenamiento

### § 31. Responsabilidad de la Sociedad Profesional.

1. La responsabilidad de la sociedad profesional como persona jurídica no ofrece problema alguno. La sociedad profesional, como cualquier otra sociedad, responde con todo su patrimonio por las deudas sociales tengan o no su origen en la prestación de actividades profesionales (art. 1911 CC). La responsabilidad de los socios por esas mismas deudas sociales se dilucidará de acuerdo con la normativa societaria que corresponda a cada tipo: si la sociedad profesional es una sociedad civil, los socios responderán subsidiaria y mancomunadamente (arg. *ex art.* 1698 CC)<sup>851</sup>; si se trata de una sociedad colectiva, responderán subsidiaria y solidariamente (art. 127 C de C)<sup>852</sup>; si, por fin, estamos ante sociedades profesionales con forma de limitadas o anónimas, el patrimonio personal de los socios sólo se verá afectado hasta la cantidad que se hubiesen comprometido aportar (Arts. 1LSRL y 1 LSA). En definitiva, el régimen de responsabilidad societario de las sociedades

---

profesional establece una cuantía mínima por seguro siempre que se pacte la limitación de responsabilidad (500.000 DM), cuantía que aumenta en el supuesto de que la limitación hubiera sido pactada a través de condiciones preformuladas (en cuyo caso la cantidad mínima asciende a 2.000.000 DM). Para aquellas profesiones en las que hasta ahora no se preve la posibilidad de limitar la responsabilidad (médicos, dentistas, ingenieros, arquitectos, etc) no significa que no puedan hacerlo, sino que les serán aplicables las reglas generales. Así, la determinación de la responsabilidad y las cláusulas de limitación pueden hacerse bien a través de contratos individuales, bien bajo el control de la ley de condiciones generales. Lo que sucede es que la inseguridad sobre los efectos de cláusulas del tipo indicado es claramente superior que la de aquellos ordenamientos profesionales que se encargan de regularlas. Sobre la cuestión v. ampliamente, GRAF VON WESTPHALEN, en AAVV, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*,. pp. 233- 238; HENSSLER, *Partnerschaftsgesetz*, pp. 236-238.

<sup>851</sup> Vid., al respecto, CAPILLA, *Com.Edersa*, pp. 548-559; PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp. 1481 ss.

<sup>852</sup> Sobre esta responsabilidad vid. ampliamente, PAZ-ARES, *La Responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1.993, pp. 97 ss.

profesionales no debe presentar particularidad alguna que lo separe del régimen legal establecido para el tipo social escogido por la misma<sup>853</sup>.

2. Tampoco debe ofrecer duda alguna la *naturaleza jurídica* de esta responsabilidad societaria. Siendo el contrato el marco normal en el que se desarrolla la actividad profesional, ha de afirmarse con carácter general el *carácter contractual* de la responsabilidad societaria, toda vez que es con la sociedad con quien el cliente contrata la prestación de los servicios profesionales. Consecuentemente del incumplimiento de los servicios contratados con ella, deberá responder contractualmente con arreglo al régimen de responsabilidad societario que le corresponda por la forma social adoptada<sup>854</sup>.

3. Ninguna especialidad deben ofrecer tampoco las sociedades profesionales como tales por lo que respecta a la *modificación de su régimen legal de responsabilidad* -el que le corresponda según la forma adoptada-. Siendo la responsabilidad una normativa imperativa y configuradora del tipo de sociedad, *no cabe admitir con eficacia externa, esto es, frente a terceros, su derogación por las partes* (ni siquiera aunque sea para afectar

---

<sup>853</sup>Vid. no obstante en *infra* §30, la regulación de algunas sociedades profesionales donde el legislador diferencia dos clases de deudas: las que pueden llamarse "profesionales" por derivar de la prestación de servicios profesionales, y las que se han dado en llamar "ordinarias", que constituyen el resto de deudas sociales. Sobre la base de esta distinción, el legislador establece un régimen jurídico especial para las primeras, con independencia de cuál sea el régimen de responsabilidad social.

<sup>854</sup>Naturalmente la calificación como contractual de la responsabilidad de la sociedad no impide la posibilidad de que pueda constituirse a cargo de la misma una responsabilidad de origen extracontractual, en aquellos casos donde el daño ocasionado por la sociedad no se deriva del cumplimiento del contrato sino de cualquier otra causa ajena a esa relación jurídica concertada.

favorablemente a la esfera ajena)<sup>855</sup>. Otra conclusión conduciría, en efecto, a permitir a la autonomía privada la desnaturalización del tipo<sup>856</sup>.

No plantea sin embargo, mayores dudas la *validez y eficacia de los pactos modificativos de la responsabilidad en la esfera interna*. En efecto, mientras el pacto no tracienda a la esfera externa no es objetable desde el punto de vista de la estructura legal del régimen de responsabilidad - cualquiera que sea éste-<sup>857</sup>. No es dudosa tampoco, la validez de cláusulas específicas en los *contratos particulares celebrados entre la sociedad con terceros*, que regulen frente a estos últimos, el establecimiento de modificaciones del régimen de responsabilidad en relación a la materia objeto de ese contrato<sup>858</sup>.

### § 32. Coordinación de ambas responsabilidades.

Definida la naturaleza y reglas aplicables al profesional (*supra* §30,I) y a la sociedad (*supra* §31), y admitiendo la concurrencia de ambas

---

<sup>855</sup>No obstante en la sociedad civil, la doctrina ha admitido cláusulas contractuales que tengan por objeto el establecimiento de modalidades más rigurosas de responsabilidad. (V. po ejemplo, M.ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II-2, 8ªed., Barcelona, 1.989, p.328 que invoca en defensa de esta tesis la STS 30 de abril de 1969 y 10 de abril de 1970; AZURCA/OSCOZ, "Problemas de la sociedad civil", ADC, 1.952, p. 175.

<sup>856</sup>Así en el campo de las sociedades de personas vid. FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, pp.434-435; PAZ-ARES, *Responsabilidad del socio colectivo*, pp. 123 ss. En las sociedades de capital vid. SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed.,Madrid, 1.997, p.217; GARRIDO DE PALMA/SANCHEZ GONZALEZ, *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1.991, pp. 21 ss, esp. 67-71. Sobre los límites a la autonomía privada para la configuración contractual de la sociedad vid. de nuevo lo que se dijo en *supra* § 11.

<sup>857</sup>El único aspecto bajo el que podría declararse objetable -en concreto nulo- sería desde la perspectiva de la prohibición de pactos leoninos que proclama el artículo 1.691 CC.

<sup>858</sup>En el campo de las sociedades de personas v. la justificación a esta posibilidad contractual en FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad*, p.436; CAPILLA, *Sociedad civil*, pp. 333-334; PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.698, III.3, p.1484; PAZ-ARES, *Responsabilidad del socio colectivo*, p.134, nt.192; ULMER, *Münchener Kommentar BGB*, 2ª ed., ? 714, marginales 32 ss; M.ARNOLD, "Die Tragweite des ? 8 Abs.2 PartGG vor dem Hintergrund der Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts", en BB, 1.996, pp. 597 ss. En el campo de las sociedades de capital esta posibilidad es reconocida por por PAZ-ARES, "Infracapitalización", RdS, n? 2, 1.994.



responsabilidades, es preciso arbitrar entre ellas un mecanismo de coordinación. Y aquí hay que dilucidar dos aspectos: uno relativo a la *prioridad* (infra 1) de la responsabilidad, y otro relativo a su *extensión* (infra 2).

1. En relación al primero, se han defendido las tesis más dispares.

a) Parte de la doctrina entiende que la responsabilidad del socio es siempre subsidiaria respecto de la responsabilidad social<sup>859</sup>. Como ya vimos este planteamiento no puede aceptarse porque es producto del error, ya denunciado, de tratar de explicar la responsabilidad del socio profesional desde el punto de vista societario afirmando que la responsabilidad del profesional es un aspecto o vertiente de su responsabilidad como socio.

b) La tesis simétricamente contraria es aquella que considera que la responsabilidad de la sociedad es siempre subsidiaria respecto de la del socio. Esta tesis ha sido defendida con especial vigor por aquellos autores que pretenden subrayar el carácter individual del ejercicio profesional, poniendo de relieve que en materia de profesiones intelectuales debe siempre existir una absoluta preponderancia de lo individual sobre lo colectivo<sup>860</sup>. En este sentido se afirma que los clientes que han sufrido un daño como consecuencia de la

---

<sup>859</sup> Así RESCIGNO, *Società fra professionisti*, pp.96 y ss, el cual afirma que el auténtico significado de "società fra professionisti", revela a la sociedad como el autentico "profesional", siendo ella en calidad de tal con la que el cliente conviene el arrendamiento de servicios profesionales. De ahí que según el autor mencionado deba ser a la sociedad en cuanto "profesional" a quien deba exigírsele responsabilidad ex art. 2.236 del Código civil, siendo la responsabilidad de los profesionales socios subsidiaria respecto de la de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia CHERSI, "La società di professionisti", en *Riv.Dir.Not.*, 1.986, p. 1.104.

<sup>860</sup> En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad de los profesionales liberales en el ejercicio de grupo", *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, pp.463-508, 476; FANJUL SEDEÑO, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Madrid 1960, p. 30; también en este sentido parece decantarse el código deontológico médico al establecer tras la responsabilidad "individual, invariable y completa" del médico, la responsabilidad colectiva "subsidiaria". En Francia esta interpretación es propugnada por GUYON, "Sociétés civiles professionnelles", en *Dalloz.Rep.Dr.Civ.*, Paris, 1994, p.10,n.72., el cual afirma que si como se desprende del art. 15 de la ley de sociedades civiles profesionales, las deudas sociales incumben principalmente a la sociedad y subsidiariamente a los socios, las deudas derivadas de una falta profesional deben ser pagadas por su autor y subsidiariamente por la sociedad o el resto de socios.

actuación de un profesional concreto habrán de dirigirse, en primer término, contra el profesional individual y sólo en caso de que esta acción resultara insatisfactoria podrían exigir la responsabilidad subsidiaria de la sociedad<sup>861</sup>.

A nuestro juicio, esta postura no puede acogerse. En efecto, resulta realmente difícil de entender que la responsabilidad del deudor contractual directo sea subsidiaria. Como ya se ha puesto de relieve, el único contrato celebrado por el cliente es el arrendamiento de servicios convenido con la sociedad, siendo en consecuencia la sociedad la única que, en principio debería responder frente al cliente, por haber sido la que contractualmente se ha obligado con él<sup>862</sup>. Otra cosa, es que además, y por las razones aducidas, se haya declarado la necesidad de preservar una responsabilidad del profesional actuante pero su fundamento y *ratio* no imponen en modo alguno su prioridad respecto a la de la sociedad.

c) La construcción más adecuada, a nuestro juicio, pasa por afirmar la *responsabilidad directa tanto de la sociedad como del profesional* de manera que el cliente pueda dirigirse contra quien desee e incluso conjuntamente contra ambos. Esta solución es la más conforme con las reglas generales. En efecto, si hemos afirmado el distinto fundamento de la responsabilidad de la

---

<sup>861</sup>El fundamento último sobre el que se hace descansar esta tesis es evitar la "relajación" de la conducta del profesional (Así, YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad del profesional liberal*, p.162: "La responsabilidad de los profesionales", en *Ejercicio en grupo*, pp. 476-478). Como se explica seguidamente en el texto esta construcción no puede prosperar. Pero es más, aún en el caso de que pudiera predicarse el carácter subsidiario de la responsabilidad del profesional, *ello no supondría tampoco* una amenaza a la conducta del profesional toda vez que los socios deben responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo (arg. ex art. 1.686 CC, o en su caso ex art.144 C de c), no quedando por tanto impune de su responsabilidad personal. Junto con esta responsabilidad frente a la sociedad, no deben olvidarse tampoco las *sanciones disciplinarias* que por infracción de las normas deontológicas profesionales recaen también sobre los profesionales, quedando este tipo de infracciones ampliamente regulado en los distintos estatutos profesionales y que independientemente de las consecuencias de la normas de responsabilidad del derecho común, pueden llegar a acarrear para los supuestos más graves, la suspensión del ejercicio de la profesión por tiempo variable o la expulsión del correspondiente colegio profesional. Así pues, el miedo a la relajación en la conducta del profesional -por una hipotética responsabilidad subsidiaria de éste- carece de fundamentación alguna.

<sup>862</sup>Así, PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.679,IV,4,g, pp.1406-1.407.

sociedad y de la responsabilidad del profesional, hemos señalado la existencia de dos sujetos responsables y hemos afirmado que, también el título de imputación del daño es diferente, no se vé por qué habría que subordinar el ejercicio de una de las dos acciones a la otra. Esta solución es la que ha quedado consagrada, por lo demás, en la mayoría de disposiciones legislativas que se han ocupado de la materia<sup>863</sup>.

1. Desde el punto de vista de la *extensión de la responsabilidad*, no ha habido especial discusión. En el Derecho comparado, la totalidad de las regulaciones que se han ocupado del tema establecen legalmente un vínculo solidario entre la sociedad y el profesional actuante.

En efecto, la legislación comparada es invariable en este aspecto: (a) Así en Francia la solidaridad ha sido prevista legalmente en el artículo 16 de la ley de 29 de noviembre de 1966 sobre sociedades civiles profesionales, y en el artículo del mismo número de la ley n.90-1.258 relativa a las sociedades de ejercicio liberal. Responsabilidad solidaria que constituye una de las aportaciones más originales de estas leyes profesionales, al constituir una novedad respecto al régimen común societario<sup>864</sup>. (b) En Italia, la regulación de la *società di revisione* preve

---

<sup>863</sup>Vid. referencias en las notas siguientes.

<sup>864</sup>Lo cierto es que han surgido discrepancias en la doctrina de aquel país fundamentalmente en torno a dos cuestiones: a) si para aplicar el régimen de solidaridad deben distinguirse entre consecuencias directas o indirectas de la actividad profesional, y. b) si debe otorgarse o no dentro de la solidaridad un jerarquía (otorgando un papel principal a la sociedad o al socio) en cuanto a la exigencia de responsabilidad por parte de los perjudicados. Con relación a la primera cuestión lo cierto es que han surgido voces (vid. en este sentido VAN CAMELBEKE, "Repartition des responsabilités envers le malade de médecins associés", *Rev.du prat.*, 1.969, n.26, pp. 1 y ss; en la misma línea GUILLAUD, "La responsabilité médicale dans la médecine collective privée", *Rev.du prat.*, 1.971, n.10, pp. 1 y ss) que pretenden excluir del campo de la solidaridad las consecuencias que resulten de la actividad personal de los socios profesionales (manteniendo así intacto el principio en estos casos de la responsabilidad individual profesional), para hacer entrar en juego a la solidaridad únicamente en aquellos casos donde el perjuicio por la actividad profesional se hubiese producido por una responsabilidad no directa del profesional, sino derivada, así cuando el daño hubiera provenido de uno de los empleados, o por un aparato defectuoso. La doctrina más generalizada, a la vista de que el propio artículo que establece la solidaridad no hace distinción en cuanto a la exigencia de la misma, concluye con la solución más general: todas las consecuencias perjudiciales resultantes de la actividad profesional entrarán en el campo de aplicación de la responsabilidad solidaria, siempre que suceda en hipótesis en las que el socio actúe dentro del objeto social. Vid. una abundante bibliografía en cuanto a las distintas tendencias en LAMBOLEY, *La société civile professionnelle*, pp.73 ss. Por lo que respecta a la segunda cuestión resulta particularmente ilustrativo el

igualmente la responsabilidad solidaria de la sociedad con "*le persone che hanno sottoscritto la relazione di certificazione di dipendenti che abbiano effettuato le operazioni di controllo contabile*"<sup>865</sup>. En el mismo sentido se ha interpretado la redacción de los últimos proyectos de ley sobre sociedades profesionales<sup>866</sup>. (c) En Alemania, de la lectura del § 8 de la Ley sobre Partnerschaftsgesellschaften se deduce, en todo caso<sup>867</sup> la responsabilidad solidaria de la Partnerschaft y del partner que personalmente realizó o dirigió la actuación profesional generadora de responsabilidad. (d) En Bélgica, el artículo seis del proyecto de 1985 sobre sociedades civiles profesionales, se pronuncia en el mismo sentido<sup>868</sup>.

Esta es probablemente la solución que debe proclamarse en nuestro ordenamiento, y ello porque, como es sabido, la doctrina del Tribunal

---

artículo de Y.GUYON/G.COQUEREAU "Le nouveau statut des commissaires aux comptes...", en *J.C.P.*, 1.970, ed.C.I. 87348, n.186 y 187, los cuales diferencian al respecto entre deudas resultantes de la responsabilidad profesional y deudas sociales ordinarias, afirmando que las primeras deberían ser pagadas por su autor y únicamente a título subsidiario por la sociedad, mientras que las segundas incumbirán principalmente a la sociedad y subsidiariamente a los socios. La fundamentación de la responsabilidad por las deudas ordinarias la basan en el art.15.2 de la ley francesa del 66, que establece que los acreedores de la sociedad no podrán perseguir el cobro de las deudas sociales contra un socio más que después de haber requerido vanamente a la sociedad. En cuanto a la fundamentación de la responsabilidad por deudas de carácter profesional aducen que la ley en su primer apartado establece la responsabilidad personal del socio actuante, dejando en el segundo apartado la responsabilidad solidaria de la sociedad, lo que parece atribuir a la sociedad un papel subsidiario. Esta interpretación se correspondería además con el espíritu de la ley, que tiende en materia profesional a hacer desempeñar a los socios un papel esencial en detrimento de la sociedad. Lo cierto es que, no obstante las voces que, como las recién mencionadas, apuestan por una jerarquía dentro de la responsabilidad solidaria, que conceda prevalencia de la responsabilidad de los profesionales sobre la sociedad, en materia de ejercicio profesional, la mayor parte de la doctrina afirma sin embargo, que como ni en la ley, ni en los diferentes decretos de aplicación de la misma, existen disposiciones que establezcan dicha prevalencia, la interpretación que a ello debe darse es una respuesta negativa de cualquier jerarquía a la hora de demandar a la sociedad y a los socios. Vid. por todos LAMBOLEY, *La société civile professionnelle...*, 1.974, p.73 y ss.

<sup>865</sup>Un comentario a la misma en BUSSOLETTI, *Società di revisione*, pp. 315 ss.

<sup>866</sup>"La responsabilità civile derivante dell'attività professionale svolta dai singoli soci è a carico di questi e della società di professionisti"; disposición contenida en los proyectos nº. 249 de 1 de julio de 1.988; nº.4565 de 8 de febrero de 1.990). Un comentario a los mismos G.AMADIO, "Le prospettive di una riforma", en *Riv.dir.civ.*, 1.990,II,p. 671-672.

<sup>867</sup>Decimos que en todo caso existe responsabilidad solidaria entre *le partner* y la sociedad, porque si bien la regla general es la solidaridad de todos los partners con la sociedad, el párrafo segundo del § 8, establece la posibilidad de limitar la solidaridad al partner que realizó o dirigió la actuación profesional generadora de responsabilidad. En consecuencia sea incluido en la responsabilidad solidaria de todos los partners, sea limitado al que personalmente llevó a cabo el trabajo o lo dirigió, lo cierto es que este último siempre responde solidariamente con la sociedad.

<sup>868</sup>Vid. un análisis general de este proyecto de ley por CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: "les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp.303-344, refiriéndose al tema de la responsabilidad en pp.334-336.

Supremo ha llevado a cabo una profunda revisión de la *presunción de mancomunidad* establecida en el Código civil (art. 1.137), optando por la responsabilidad solidaria en todos aquellos casos donde las prestaciones de los particulares deudores, no obstante poder desarrollarse con particular independencia, permanecen sin embargo unidas entre sí "*a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas*"<sup>869</sup>. El supuesto de hecho básico que, con carácter general, exige la jurisprudencia para establecer la solidaridad, es como se ve, que las dos responsabilidades confluyan en el propósito de cobertura de un mismo daño. Así las cosas, de aplicarse esta doctrina a supuestos como el que nos ocupa, con toda seguridad se optaría igualmente por la regla de la solidaridad. Solidaridad que por lo demás ya ha sido consagrada legalmente en el marco de las sociedades de auditoría (art. 11.2 LAC), y que cuenta con el respaldo prácticamente unánime de la doctrina que en nuestro ordenamiento se ha ocupado de las sociedades profesionales<sup>870</sup>.

---

<sup>869</sup> Son palabras recogidas de la STS, 19-VII-1.989 (R.5761). Un muy abundante *corpus* jurisprudencial se hace eco de esta revisión, invirtiendo los términos de la presunción siempre que exista esa "*conexión interna entre las prestaciones*", y aplicando el principio de solidaridad. Así, STS 14-VI-1.982 (R.3425); STS 7-X-1.982 (R.5543); 7-IV-1.983 (R.2104, comentada por L.H. CLAVERIA GOSALBEZ, en CCJC, abril-agosto 83, pp. 530 ss); STS 19-VI-1984 (Comentada por F.PANTALEON, en CCJC, n.6, 1.984, pp. 1869 ss); STS 26-IV-1.985 (R.1991); 20-X-1.986 (R.5943); STS 12-III-1.987 (R.1436); 27-III-1.987 (R.1838); STS 11-X-1989 (Ar.6906); STS 17-XII-1989 (Ar.10074). En este sentido algunos autores hablan de "*solidaridad jurisprudencial*": vid., GUIRLARTE ZAPATERO, en *Com.Edersa*, XV-2, 1.983, pp. 217 ss, esp.228 ss. Para una consideración crítica a esta interpretación semicorrectora vid. el comentario del F.PANTALEON en CCJC, 1.989, n.6, pp. 1869, a propósito de la STS de 19-VI-1984, p.1884.

<sup>870</sup> Así, PAZ-ARES, *Comentario*, art.1.678, p.1407; MORENO-LUQUE, *Sociedades profesionales liberales*, p.128; A.F.DELGADO GONZALEZ, *Sociedades profesionales*, p.202; M.JIMENEZ-HORWITZ, "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en el libro colectivo *El ejercicio en grupo*, p. 567. También a favor de la solidaridad, DEL POZO, *Nuevo Registro*, p.151-152. Estos dos últimos autores fundamentan esta responsabilidad solidaria en el art. 1.903.IV CC. A nuestro juicio, sin embargo esta fundamentación resulta equivocada, ya que el mencionado artículo se centra en relaciones jurídicas de dependencia que, a nuestro

Sentado pues, un concurso de acciones de responsabilidad sobre la base del principio de solidaridad de los dos sujetos responsables, deben puntualizarse algunas cuestiones:

a) En primer término debe precisarse si resulta o no obligado la existencia de un *litisconsorcio pasivo necesario*; cuestión ésta, a la que debe responderse negativamente ex art.1.144 CC, el cual concede a la víctima un *ius electionis*, así como un *ius variandi* para su reclamación<sup>871</sup>. Esto es, será la voluntad del cliente la que determine si en un mismo proceso dirige su reclamación *conjuntamente* contra el profesional y la sociedad (*litis consorcio pasivo*), o bien si decide optar a la hora de demandar el resarcimiento, por uno u otro sujeto responsable<sup>872</sup>.

b) Naturalmente la posibilidad de ejercer una doble acción de responsabilidad, *no quiere decir* que se pueda obtener una *doble indemnización* por un mismo daño, sino que en su caso, el cliente perjudicado dispone de dos vías de reclamación fundadas en sus respectivos títulos.

c) Si la sociedad llega a pagar la indemnización podrá recuperar el importe mediante una acción de reembolso contra el profesional que

---

juicio, no pueden trasladarse a la relación asociativa propia de los profesionales que se unen para el ejercicio conjunto de su profesión. En este sentido también DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema*, II, 6, p.629, así como R.DE ANGEL YAGÜEZ, *Comentario*, II, art.1.903, p.2006. Por su parte, GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, pp. 245-246, entiende que la solidaridad aplicable en nuestro ámbito debería encajarse en la categoría de las llamadas obligaciones *in solidum*. Categoría que debe recordarse no aparece diferenciada legislativamente, sino que es fruto de una elaboración doctrinal, que entiende que la misma tiene lugar cuando existen obligaciones con un mismo objeto estimadas como solidarias, que responden en su fundamento a causas independientes y distintas y cuyo cumplimiento se exige a personas que no están ligadas, por tanto, a la misma causa (Sobre las mismas vid. por todos J.R.LEON ALONSO, *La categoría de la obligación "in solidum"*, Sevilla, 1.978, p.208). Sin perder de vista que en nuestro ordenamiento no existen dos tipos de solidaridad, ciertamente parece que el supuesto que ahora nos ocupa tiene perfecto encaje en aquellos supuestos que se han dado en llamar por la doctrina obligaciones *in solidum*.

<sup>871</sup> Vid. J.CAFFARENA LAPORTA, *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1.980, pp. 2 ss.

<sup>872</sup> Un ejercicio sucesivo de las dos acciones concurrentes de responsabilidad, sólo puede admitirse en aquellos casos en que, tras el ejercicio de una de ellas, hayan quedado ciertos daños sufridos sin indemnizar, y se pretenda, por la otra vía, la reparación de estos daños no cubiertos. v. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, pp. 611 ss. Sobre los límites del *ius variandi* vid. CAFFARENA LAPORTA *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1.980, pp. 5 ss.

personalmente causó el daño (art. 1145 CC)<sup>873</sup>. Dicha acción no se deriva directamente del pago hecho por la sociedad al cliente, ni tampoco puede considerarse como una subrogación de la sociedad en los derechos del cliente frente al profesional<sup>874</sup>. El *fundamento* de la misma se encuentra en las *concretas relaciones internas* que median entre sociedad y profesional<sup>875</sup>. Desde este punto de vista, la acción de la sociedad frente al profesional no es más que el ejercicio del derecho a exigir responsabilidad por *incumplimiento del contrato* que media entre ellos, siendo este contrato el que determina en última instancia el reparto del peso de la responsabilidad entre los dos sujetos responsables, esto es, los *presupuestos y límites* de la acción de la sociedad frente al cliente: si hay o no, y en qué medida derecho mismo al regreso, condiciones de su ejercicio, etc. El profesional puede oponer frente a la sociedad todas las excepciones derivadas de dicha relación (prescripción, cláusulas limitativas de responsabilidad, etc). En este sentido debe resaltarse que los criterios de responsabilidad en la relación sociedad-profesional pueden ser menos rigurosos que los de la relación sociedad-cliente. Así puede suceder perfectamente que la sociedad responda frente a terceros según los criterios generales de responsabilidad, esto es, siempre que se haya causado un perjuicio mediando dolo culpa o negligencia, y sin embargo el profesional

---

<sup>873</sup>El derecho de repetición por la *totalidad* de lo satisfecho al cliente puede verse atenuado en el caso de concurrencia de culpas, esto es, si junto a la culpa del profesional actuante, hubiere existido culpa por parte de la sociedad (por ejemplo *in eligendo* o *in vigilando*). Habrá que ponderar pues, con arreglo a los principios de concurrencia de causas, la respectiva importancia de ambos sujetos (sociedad y profesional) en la causación del daño, y reducir por tanto, proporcionalmente al peso de la responsabilidad personal del profesional, la medida del regreso de la sociedad contra el profesional. Debe aclararse no obstante que en el ámbito profesional, la exigencia de una responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* por parte de la sociedad parece más difícil de activar, siempre y cuando se haya elegido a una persona con la correspondiente habilitación profesional.

<sup>874</sup>DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p.214.

<sup>875</sup>Así también en relación a la acción del deudor frente a los auxiliares que utiliza en el cumplimiento, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares*, p.617; M.JIMENEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, p.275.

haya pactado con la sociedad la exoneración de su responsabilidad personal en los casos de una actuación profesional negligente<sup>876</sup>. De lo anterior se deduce que entre la relación cliente-sociedad y la relación sociedad-profesional, puede existir cierta "asimetría" que impida a la sociedad repercutir sobre el profesional toda o parte de la indemnización satisfecha al cliente, lo que en estos casos convierte a la sociedad en el centro de imputación definitiva de los daños ocasionados por el profesional.

### **§ 33. Responsabilidad del resto de socios profesionales no actuantes por la actuación de uno de ellos.**

Hasta ahora la única especialidad de las sociedades profesionales se manifiesta, por las razones vistas, en la necesidad de preservar la responsabilidad personal y directa del profesional actuante. Lo que ahora trata de dilucidarse es si el resto de socios profesionales que no han participado en la actuación del primero deben responder en alguna medida de las deudas profesionales de la sociedad, precisamente por su cualidad de profesionales.

La cuestión se plantea porque en la regulación positiva de algunas sociedades profesionales, el legislador distingue *dos tipos de deudas sociales*. De un lado, las llamadas *deudas societarias de carácter profesional*, entendiendo por tales, aquellas deudas de la sociedad que se derivan del ejercicio profesional de sus miembros. Y de otro, las que suelen denominarse como *deudas societarias ordinarias*, que engloban el resto de deudas de la sociedad (entre otras, las originadas por alquiler o compra de inmuebles para el ejercicio de la actividad, las que se derivan de la relación de la sociedad con sus proveedores, del régimen de contratación de sus miembros, etc). Sobre la

---

<sup>876</sup>Sobre la posibilidad de limitar la responsabilidad personal del profesional vid. *supra* § 30, II.



base de esta distinción, y dentro del marco de las deudas profesionales de la sociedad, el legislador ha impuesto un régimen de responsabilidad especial para los socios profesionales, configurándose así lo que podría denominarse un estatuto jurídico *qua socio profesional* por las deudas de carácter profesional.

Paradigma legal de la creación de este estatuto especial, lo constituye, en nuestro ordenamiento, el art. 11.2 LAC referido a las Sociedades de Auditoría, el cual se ocupa de regular cómo están obligados los socios a indemnizar los *daños y perjuicios derivados de la actividad de auditoría*, esto es, aquellas deudas que hemos llamado de carácter profesional. Con relación a las mismas el legislador hace *abstracción del régimen de responsabilidad que corresponde a la forma social* adoptada, y junto a la responsabilidad directa del causante del daño, impone al resto de los socios auditores el *estatuto jurídico del socio colectivo*<sup>877</sup>. En efecto, con independencia de la forma social adoptada por la Sociedad de Auditoría, el resto de socios auditores deben responder *personal e ilimitadamente, de forma subsidiaria, y con carácter solidario*, de las consecuencias dañosas del informe de auditoría que causó el daño<sup>878</sup>.

---

<sup>877</sup>Imposición ésta que, cuando menos, resulta sorprendente -de aplicar un régimen de responsabilidad especial a los profesionales socios, lo más lógico hubiese sido aplicar el propio del socio civil- toda vez que se mantiene que la actividad profesional no tiene encaje en la materia mercantil.

<sup>878</sup>En el mismo sentido la *Resolución sobre el ejercicio profesional asociado y Registro de Sociedades de economistas*, adoptada por la Junta de Gobierno del Colegio de Economistas Madrid, establece que "*La responsabilidad civil de los socios por las actuaciones profesionales de la firma será solidaria e ilimitada*". Disposición ésta que debe entenderse con carácter general "*cualquiera que sea la forma jurídica de la entidad constituida*". El contenido de la Resolución puede encontrarse en *Economistas*, n.22 (1.986-1987), p.49. La situación expuesta en el texto se repite también en algunas disposiciones legislativas del derecho comparado. Así en Estados Unidos, los estatutos de algunas *Professional Corporations* -entre otros, los de North Carolina, Ohio, Georgia, Arizona, Colorado, Oregon, Wisconsin, Wyoming, etc- establecen una responsabilidad personal y solidaria de todos los profesionales por las consecuencias derivadas de cualquier actuación profesional de la sociedad, con independencia del régimen de limitación de responsabilidad previsto para estos tipos sociales. Vid. cumplida información de los mismos en, K.M.MAYCHECK, "Shareholders liability in professional legal corporations: a survey of the states", en *University of Pittsburgh Law Review*, vol.47, 1986, p. 817 ss, 820-822; R.C.HANNAH, *Professional Corporations: Shareholders Liability and the Saving Clause*, en *Arkansas Law*

Por nuestra parte, no podemos sino denunciar la *injustificable arbitrariedad* que supone la instauración de un estatuto especial de responsabilidad para los profesionales socios, obviando el régimen de responsabilidad de la forma social que hayan adoptado.

*Desde el punto de vista del derecho de sociedades*, y en el campo de las sociedades de capital no existe fundamento para extender la responsabilidad a todos los socios por las deudas profesionales. En efecto, en las sociedades de riesgo limitado, *no existe título societario* por el que poder extender, en ningún caso, la responsabilidad social al patrimonio de los socios<sup>879</sup>. *Tampoco bajo el aspecto de preservar la integridad de la profesión parece justificable una disposición en este sentido*<sup>880</sup>. En efecto, desde el punto de vista del

---

*Review*, vol.42,n.1, 1989, p.781. Sobre las razones que han llevado a los distintos Estados a esta solución vid. lo que se dirá más adelante. En Bélgica, el proyecto de sociedades civiles profesionales establece una distinción semejante a la apuntada en el texto entre deudas sociales, y deudas de carácter profesional. Permaneciendo intacto el régimen de responsabilidad para las primeras según la forma adoptada, para la segunda categoría de deudas, el art. 6 del proyecto establece que, salvo que pueda imputarse con seguridad el hecho dañoso a un profesional concreto, "todos los socios serán responsables solidarios con la sociedad", derogándose pues, también en este ámbito, el derecho común. Vid. CH.LEJEUNE, "Projet en cours d'élaboration: "les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp.334-336.

<sup>879</sup>En un sentido igualmente crítico F.PANTALEON, *La responsabilidad civil de los auditores*, pp. 21-27, el cual al efecto de paliar los efectos de esta disposición, propone la exclusión por pacto de esta norma (incluso -afirma-, en una condición general del contrato de auditoría), basándose en la admisión doctrinal generalizada de modificar o excluir, también por pacto contractual específico, la responsabilidad de los socios colectivos prevista en el art. 127 C de C.

<sup>880</sup>En efecto, a nuestro juicio deben rechazarse todos aquellos argumentos que, de una u otra forma han tratado de justificar la responsabilidad solidaria de todos los socios profesionales como un mecanismo necesario de protección de las expectativas de los clientes en el plano profesional, asegurando así la adecuada calidad de los servicios prestados. En la jurisprudencia americana resulta paradigmática en este sentido la sentencia de la *Georgia Supreme Court* que enjuició el llamado caso *First Bank and Trust Co. v. Zagoria*, 302 S.E.2d 674, 675 (Ga.1983). El tribunal afirmó expresamente que bajo la perspectiva de la *professional malpractice* en una *law firm*, no debe haber diferencia alguna entre una *partnership* y una *professional corporations*. La argumentación de la Corte puede sintetizarse en el siguiente párrafo de la misma: "*The professional nature of the law practice and its obligations to the public interest require that each lawyer be civilly responsible for his professional acts. A lawyer's relationship to his client is a very especial one. So also is the relationship between a lawyer and the other members of his or her firm a special one. When a client engages the services of a lawyer the client has the right to expect the fidelity of the others members of the firm. It is inappropriate for the lawyer to be able to play hide-and seek in the shadows and folds of the corporation veil and thus escape the responsibilities of professionalism*". Vid. una amplia referencia a la misma en el artículo de C.M.C.KOYMATI, "Professional Legal Corporations: Limited or Unlimited Liability for Shareholders in Missouri after *First Bank & Trust Co.v. Zagoria*?", en *Saint Louis University Law Journal*, 1984, vol.28, pp. 297 ss; D.G.CHRISTENSEN/S.F.BERTSCHI, "LLC Statutes: Use by Attorneys", en *Georgia Law Review*, 1995,

ejercicio de la profesión, y por las razones vistas, lo único que debe garantizarse es que, la interposición de una figura societaria no constituya un impedimento para la exigencia de responsabilidad personal y directa al profesional que causa un daño en el ejercicio de su actividad<sup>881</sup>. Pero más allá de esta responsabilidad, no se ve, motivo alguno por el que extender la responsabilidad a personas que en modo alguno han tomado parte en el asunto.

Naturalmente si el supuesto de hecho es el de una sociedad colectiva, no puede negarse el carácter solidario de la responsabilidad de todos los socios -hayan tomano o no parte en la actuación-; pero en este caso la extensión de responsabilidad no se debe a la protección de la integridad de la actividad profesional, sino a la sujeción a la normativa societaria en materia de responsabilidad en estas sociedades<sup>882</sup>. En las sociedades de capital, la extensión de responsabilidad a todos los socios profesionales en aras de la protección de la profesión, constituye ciertamente una medida de carácter paternalista que no hace falta alguna.

Así las cosas, creemos no equivocarnos si afirmamos que nuestra ley de Auditoría en este punto *peca por exceso* en su afán de proteger a los clientes y

---

vol.29. n.3. pp. 693 ss. 708 ss. Este y otros casos semejantes en R.C.HANNAH, "Professional Corporations: Shareholder Liability and the Saving Clause", en *Arkansas Law Review*, 1.989, vol.42, n1., pp. 777 ss. En el campo de la auditoría en un sentido semejante al aquí expresado L. FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, "La responsabilidad de la sociedad de auditoría en el ordenamiento jurídico español", en *Actualidad Financiera*, 1.993, n.32, p. A.20: "Entendemos que el legislador da relevancia a la confianza que la víctima pueda haber depositado no solamente en la persona física del auditor, que, en concreto ha realizado al revisión, sino en la estructura asociativa compuesta por todos los socios (...). Estimamos, en consecuencia, que la búsqueda del origen, del fundamento de dicha responsabilidad nos llevará al momento asociativo, es decir, al momento en que el socio revisor ha aceptado formar una figura asociativa y desarrollar la actividad de auditoría en común, aceptando la total fungibilidad de cada uno de los asociados frente a terceros". Vid. una aguda crítica a la misma en PANTALEON, *Responsabilidad civil de los auditores*, p.25.

<sup>881</sup> Vid. *supra* § 28.III.

<sup>882</sup> Sobre esta cuestión, y las posibilidades de modificación de su régimen de responsabilidad vid. lo que se dijo en *supra* § 31.

terceros de las consecuencias dañosas del ejercicio de la actividad de auditoría<sup>883</sup>.

La responsabilidad personal del profesional actuante -con exclusión de la responsabilidad del resto de socios- constituye por lo demás una regla generalizada en el derecho comparado, que incluso la ha llegado a formular en el ámbito de las sociedades de personas. Así por ejemplo el §8 de la *Partnerschaft* alemana, aún partiendo de la regla general en estas sociedades -para lo que se remite a los correspondientes artículos de la OhG-, establece sin embargo, la posibilidad de circunscribir la responsabilidad, también mediante *vorformulierte Vertragsbedingungen*, únicamente a los profesionales que hubieran causado el hecho generador de responsabilidad (*Haftungskonzentration*), no haciendo pues, recaer sobre cualquiera de los asociados, las consecuencias de la actividad profesional de un sólo de ellos<sup>884</sup>.

---

<sup>883</sup>Pero también pudiera pensarse que *peca por defecto*, y ello porque si detrás de ese régimen de responsabilidad especial el motivo principal es de carácter profesional -y no societario- no se entiende a primera vista porqué la responsabilidad únicamente es extensible a auditores que tengan la condición de socios y no a aquellos auditores que estén vinculados a la sociedad por cualquier otro vínculo jurídico. La respuesta la proporciona el 10.3 LAC al establecer que: "La *dirección y firma* de los trabajos de auditoría corresponderá, en todo caso, a uno o varios de los *socios auditores* de cuentas de la sociedad de auditoría de cuentas". Lo que debe interpretarse que sólo son los socios firmantes (y no otros auditores) los que actúan con la discrecionalidad técnica ya apuntada que "obliga" a que asuman personalmente las consecuencias dañosas de su actuación.

<sup>884</sup>Esta concentración de responsabilidad sobre el *partner* que personalmente presta el servicio profesional (así como sobre aquellos que asumen una labor de dirección o control de la actividad profesional), sólo tiene efectos frente a los clientes a los que se les impone, no frente a terceros. La doctrina entiende que cuando la concentración de responsabilidad se realiza sobre *condiciones preformuladas* (esto es, cuando no se establece mediante la negociación particular con un cliente) únicamente puede ser practicable si el socio que resulte responsable puede ser claramente identificado. La identificación de la persona responsable puede hacerse bien nominativamente, bien a través de criterios objetivos que sirvan al cliente para reconocer en todo caso contra quien se debe dirigir. En las *überörtlichen Partnerschaften*, se entiende -con buen criterio- que la responsabilidad debe concentrarse obligatoriamente sobre un *partner* que tenga su despacho en el "Ort" donde se ha concluido el contrato (Henssler, en FS, *Vierregge*, p.361, 375; del mismo autor *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, p.228); en las interprofesionales se afirma que la responsabilidad debe recaer necesariamente sobre un profesional cuya actividad esté directamente relacionada con la contratada por el cliente. El contenido de las mismas, cualquiera que sea el número de veces utilizadas (también en los casos de una única aplicación) se encuentra sometida a la regulación de la ley de condiciones generales. Sobre esta cuestión v. ampliamente Henssler, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, p.228. De otro lado, en estos casos de concentración de responsabilidad, se entiende que el cambio en las personas de los responsables implica para los clientes una modificación esencial del contrato. El cambio debe de ser compartido por el cliente, cuando no sea posible que la prestación la lleve a cabo quien se designó. En otro caso, se entiende que el cliente puede desistir del contrato. Por el contrario, en los casos donde no se haya establecido una concentración de responsabilidad,

Con esta disposición en legislador ha pretendido ofrecer un incentivo para que, sobre todo, sociedades interregionales, internacionales e interprofesionales adopten la forma de la *Partnerschaft*, que en otro caso, obviamente no constituirían<sup>885</sup>.

---

se entiende que la *Partnerschaft* es libre para cambiar quien va a realizar la prestación. La doctrina recomienda que las cláusulas hagan referencia a la posibilidad de un cambio en la persona responsable. En estos casos la responsabilidad del nuevo o nuevos profesionales que lleven a cabo el trabajo se añadirá a la de los hasta ahora encargados. Con respecto a la *forma*, no se exige forma alguna; la concentración de responsabilidad puede realizarse verbalmente o por escrito, a través de un convenio particular, o a través de cláusulas generales.

<sup>885</sup>*Soll ein Partner für Fehler persönlich einstehen, die ein anderer Partner möglicherweise an einem anderen Ort und gegebenenfalls aus einer anderen Disziplin zu verantworten hat? Eine so weitgehende persönliche Haftung dürfte auch der Verkehrserwartung nicht entsprechen. Vid. el desarrollo de este razonamiento en SEIBERT, Die Partnerschaft; Id., "Die Haftungsregelungen der Partnerschaftsgesellschaft", Münchener § 37, pp.742-744; T.LENZ, "Die Partnerschaft -alternative Gesellschaftsform für Freiberufler?", MDR, agosto, 8/1994, pp.744-755; M.Henssler, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, München, 1.997, pp. 212 ss.*



## CAPITULO OCTAVO.

### **CAMBIOS EN LA COMPOSICION PERSONAL DE LA SOCIEDAD PROFESIONAL. SEPARACION Y EXCLUSION DE SOCIOS.**

#### **§ 34. Delimitación del objeto de nuestro estudio.**

1. Como es sabido, los modos fundamentales a través de los cuales puede alterarse la composición subjetiva de una sociedad son "la *entrada* - socio nuevo que accede a la sociedad-, *salida* -un socio que deja de serlo-, y la *transmisión* -sucesión, a título derivativo de una persona a un socio en la condición de tal, con el contenido que tuviera en mano del transmitente-"<sup>886</sup>.

La ausencia de una normativa específica en el ámbito profesional obliga a analizar esta materia a partir de la regulación prevista para los distintos tipos sociales.

2. Del *régimen de ingreso* de nuevos socios nos ocupamos al estudiar el sistema de promoción profesional en estas sociedades. Como tuvimos ocasión de comprobar la articulación de un sistema de ingreso de socios profesionales se planteaba especialmente problemática en las sociedades de capital. En efecto, a diferencia de las sociedades de personas -en las que las partes pueden configurar contractualmente el sistema que tengan por conveniente, sin más límites que los generales de la autonomía de la voluntad-, en las sociedades de capital el sistema de ingreso -y de promoción- precisa arbitrarse a través de aumentos de capital. Las dificultades que el régimen de ciertos aspectos de la disciplina convencional del aumento de capital planteaban respecto al funcionamiento normal de un sistema de ingreso de nuevos socios

---

<sup>886</sup>GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.589.

profesionales, aconsejaban, como vimos, la desregulación de los mismos, al objeto de flexibilizar el régimen de creación de puestos de socios. (Sobre esta cuestión vid. de nuevo *supra* §26).

3. Por lo que respecta a la *transmisión* debe afirmarse con carácter general que voluntad hipotética de los socios de una sociedad profesional apunta razonablemente a una *presunción general de intransmisibilidad de la condición de socio*. En efecto, en estas sociedades la condición de socio se atribuye normalmente en atención a las personalísimas condiciones que concurren en el candidato: habilitación profesional, reputación, capacidad de atracción de clientela, etc, lo que como decimos, implica una presunción de incedibilidad de los derechos y obligaciones vinculados a la condición de socio.

Esta previsión no presenta problema alguno de compatibilidad en el caso de que los profesionales se acojan a cualquiera de las formas societarias personalistas, toda vez que el legislador parte también en estas sociedades de una presunción general de intransmisibilidad de la condición de socio. Tampoco ofrece mayor problema en el caso de que se constituyan en una sociedad de responsabilidad limitada, ya que la propia Ley reguladora de este tipo social contempla expresamente la posibilidad estatutaria de declarar intransmisibles las participaciones (v. art. 30.3 LSRL). Más espinosa se presenta la cuestión en el ámbito de las sociedades anónimas, aunque no por ello resulta insoslayable. En efecto, el principio general de libre transmisibilidad de las acciones, puede obviarse por las partes, a través de la previsión estatutaria de un sistema restrictivo a la circulación de las mismas que ponga el acento en las aptitudes personales y profesionales de la persona a la que se pretende transmitir la condición de socio. En cualquier caso una



cosa ha de quedar clara. Aún cuando se verifique la transmisión -repárese que en ningún caso las partes pueden prever un sistema que haga "prácticamente intransmisible la acción"-, el hecho de que la posición de socio se configure en atención a las personalísimas condiciones que concurren en el mismo, provoca que los consorcios asuman que el nuevo socio no cumpla el mismo papel que el saliente, produciéndose en consecuencia una modificación de los elementos integrantes de la condición de socio transmitida<sup>887</sup>. Así pues, aunque formalmente haya transmisión, las condiciones personalísimas en atención a las cuales se atribuye la condición de socio no son transmisibles.

La presunción general de intransmisibilidad atribuible a la voluntad hipotética de quienes constituyen una sociedad profesional, justifica que no nos ocupemos de las modalidades de transmisión que, de producirse, se configurarán libremente por las partes sin más límites que los generales de la autonomía de la voluntad y los societarios que resulten aplicables<sup>888</sup>.

Por lo demás decir que la intransmisibilidad como expectativa normativa típica de quienes constituyen una sociedad profesional ha sido plasmada como principio general de las sociedades profesionales de responsabilidad limitada en la Propuesta de Anteproyecto de sociedades profesionales.

4. Nuestra atención se va a centrar en los *mecanismos de salida* del socio, separación y exclusión, previstos por el legislador para resolver

---

<sup>887</sup> Así lo apunta también CAPILLA, *Sociedad civil*, p.248 en relación al significado de la transmisión en las sociedades personalistas.

<sup>888</sup> Para un panorama general del régimen de transmisión de acciones y participaciones vid. PERDICES, *Claúsulas restrictivas*. En el ámbito profesional es la regulación francesa la que con mayor profusión se ha dedicado a establecer las necesarias adaptaciones del régimen de transmisión a las exigencias de las sociedades profesionales (arts. 19 ss de la ley del 66 de sociedades civiles profesionales y art. 10 de la ley de 1991 de sociedades de ejercicio liberal). Vid. un comentario a las mismas en LAMBOLEY, *La société civile*

conflictos graves y duraderos entre la mayoría y la minoría, deshaciendo la relación que ha devenido intolerable, pero sin provocar la desaparición del entramado contractual y organizativo de la sociedad. Tendremos ocasión de comprobar cómo en este punto la peculiar naturaleza de la actividad profesional hace presumir que la voluntad hipotética de las partes en una sociedad profesional es la de *flexibilizar el régimen de amortización de puestos de socios*, esto es, el régimen de separación y exclusión. Presunción que resulta especialmente palpable en el ámbito de las sociedades de capital.

### **§ 35. Reconocimiento de un derecho de separación en las sociedades profesionales.**

1. Como es sabido, la separación constituye el cauce o el mecanismo institucional típico de que dispone el socio para salir de la sociedad sin deshacer la organización social. En este aspecto representa la alternativa al derecho de denuncia -y consiguiente disolución- característico del derecho de las sociedades de personas (v. arts. 1705 y 1706 CC y 224 C de C), y a la transmisión de las participaciones propias del derecho de las sociedades de capital (art. 63 LSA y 29 LSRL)<sup>889</sup>. Lo específico de la separación como institución es que la pérdida de la condición de socio tiene lugar por voluntad del socio que se separa, constituyendo un mecanismo eficaz utilizable por el mismo para la resolución de un conflicto entre él y la sociedad cuando éste no ha encontrado otra salida.

---

*professionnelle*, pp. 243 ss; SAINTOURENS, "Les sociétés d'exercice libéral", en *Rev.soc.*, 1991 (oct.-dic.), pp. 726-727, respectivamente.

<sup>889</sup>Ha de precisarse que, en la sociedad de responsabilidad limitada el propio legislador ha permitido declarar intransmisibles las participaciones siempre y cuando se permita a los socios separarse *a voluntate* (v. art. 30.3 LSRL).

El *fundamento* del derecho de separación se encuentra en el principio de *temporalidad de las relaciones obligatorias* que rige en nuestro ordenamiento como principio de orden público<sup>890</sup>. En efecto, como es sabido el sistema jurídico proscribía las obligaciones perpetuas o excesivamente prolongadas por considerar que representaban una hipoteca insoportable para la libertad humana, y justamente en atención a esa circunstancia -que en última instancia tiene su raíz en el principio de dignidad de la persona humana (art. 10 CE)-, estima rescindibles o resolubles *ad nutum* todos los contratos de duración indefinida<sup>891</sup>. La vigencia de este principio de carácter imperativo no impone sin embargo al legislador ni a las partes una forma determinada para su garantía. El legislador o los particulares pueden garantizar la posibilidad de desvinculación a través de diferentes instituciones<sup>892</sup>.

2. En las sociedades profesionales el reconocimiento, configuración, condiciones y límites de la rescisión unilateral vendrá dado por las normas generales que el legislador haya previsto a este respecto en el tipo social al que se hayan acogido los profesionales.

---

<sup>890</sup>"O más precisamente de la idea según la cual nadie puede quedar vinculado eternamente (y por lo tanto, las relaciones sin término de duración son libremente denunciabiles -denuncia ordinaria-), y en la idea complementaria según la cual, todos tienen derecho a desvincularse de una relación pensada como permanente si hay razones serias para ello -denuncia extraordinaria- en particular, en el Derecho de sociedades, "una perturbación que determine la inexigibilidad al socio de permanecer en la sociedad": J. ALFARO, "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", RDM, 1.996, n.222, pp.1079 ss, 1109.

<sup>891</sup>Sobre este principio vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, Madrid, 1971, pp. 840-841; GIRON, *Derecho de sociedades*, p.633; PAZ-ARES, *Comentario*, pp. 1506 ss y 1512. Principio se halla concretizado en numerosos preceptos de nuestro ordenamiento. Así se estima que las vinculaciones perpetuas quedan incluidas en los pactos prohibidos en el artículo 1255 CC como contrarios al orden público; en materia de disolución en la sociedad civil el principio aparece recogido en los arts 1705 a 1707 (Sobre los mismos vid. PAZ-ARES, *Comentario*, art. 1706 n.3, y RECALDE, "Exclusión del socio incumplidor", *La Ley*, 1993-I, p.310; en la misma materia en el Código de comercio en materia de disolución en la ámbito de las sociedades de personas en el artículo 224; en la Ley de Agrupaciones de Interés Económico en materia de separación en el artículo 15, párrafos 1 y 2, etc.

<sup>892</sup>ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM 1996, p.1110.

a) En las *sociedades de personas* el derecho a resolver unilateralmente la relación se traduce en un *derecho de denuncia* (arts. 1705 CC y 224 C de c), que tiene por efecto no la disolución parcial o extinción del vínculo del socio, sino la disolución total o extinción de la sociedad. No existe *porque no es necesario* en la regulación supletoria de estas sociedades un derecho de separación<sup>893</sup>. En efecto, como decimos en estas sociedades los socios tienen siempre derecho a provocar la disolución de la sociedad. Pues bien, este derecho a provocar la disolución y el derecho de separación son incompatibles<sup>894</sup>. Si cualquiera de los demás socios puede pedir, en cualquier momento la disolución, es evidente que puede pedirla también, cuando otro socio pide la separación. Por tanto se sigue, que el socio que desea separarse no puede "imponer" a los demás que continúen en sociedad tras su salida lo que constituye, precisamente, la esencia del derecho de separación. Lo único que puede imponerles es la disolución de la sociedad. Consecuentemente, el socio sólo podrá separarse cuando todos los demás socios estén de acuerdo, porque si no hay acuerdo, se impone necesariamente, la disolución de la sociedad. Esta solución, encuentra perfecto encaje en el ámbito de las sociedades profesionales. Y ello porque, como la generalidad de sociedades

---

<sup>893</sup>Esta afirmación no ofrece duda alguna en la regulación de la sociedad civil. Más dudas suscita sin embargo la interpretación de la normativa referida a las sociedades mercantiles de personas. La discusión se centra en torno a cuál es el alcance del derecho de separación contemplado en el art. 225 C de c. Algunos autores estiman que el precepto debe ser interpretado como "*un derecho de separación incondicionado, sin una limitación de supuestos*", esto es, un derecho de separación libre de la sociedad.. (Así GARRIGUES, *Tratado*, I-3, pp. 1.195-1.196; MOTOS, "La separación voluntaria del socio en el Derecho Español", RDN, 1.956, pp. 88 ss. La doctrina mayoritaria afirma que el derecho de separarse libremente de la sociedad sólo opera si la sociedad tiene una duración indeterminada. La justificación de esta teoría se hace descansar en el tenor literal del artículo 225 C de c puesto en conexión con su inmediato precedente (el art. 224 C de c) (Vid. por todos GIRON, *Der.Soc.*, I, pp.686-687). A nuestro juicio sin embargo los mejores argumentos militan en contra de tal derecho. En el sentido indicado en el texto. L.SUAREZ-LLANOS, "Sobre la separación de un socio en las Sociedades de Personas", *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1.978, pp.793-805; ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM, 1996, pp. 1110-1111.

<sup>894</sup>Contra MARTINEZ SANZ, *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, p.7, 14, quien postula un derecho de separación en estas sociedades si bien el mismo -entiende el autor- aparece estrechamente ligado a la facultad de denuncia -ordinaria o extraordinaria- según los casos.

constituídas en atención a la persona de sus miembros, el abandono de un profesional altera sustancialmente el contrato y no se ve por qué los demás socios han de tener que soportar la continuación de la sociedad sin el socio que desea separarse. La alteración es sustancial por dos razones. En primer lugar porque el profesional que se separa deja de responder ilimitadamente de las deudas sociales, por lo que aumenta el riesgo asumido por los demás y, en segundo lugar, porque la salida del profesional implica la pérdida de una aportación de actividad que en muchos casos puede alterar gravemente las posibilidades de desarrollar eficazmente la actividad profesional que constituya el objeto de la sociedad.

En cualquier caso, dado el carácter dispositivo del derecho de denuncia, es claro que los socios pueden sustituir el mismo por un derecho de separación *a voluntate*<sup>895</sup>. Lo que en ningún caso puede admitirse es la eliminación del primero sin que sea sustituido por otro que garantice de un modo equivalente la libertad de salida del socio. La razón ya ha sido apuntada. Si las partes estuvieran obligadas a permanecer en la sociedad y a responder por las deudas sociales indefinidamente se estarían infringiendo esos valores de máximo rango que están en la base del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias.

Naturalmente, el derecho a separarse libremente de la sociedad, esto es, el derecho a exigir de los demás socios que le liquiden su parte en la sociedad abandonando ésta cuando le parezca, sólo tiene sentido en el ámbito de las sociedades constituídas por tiempo indefinido. Es seguro que si la sociedad tiene una duración determinada tal derecho no existe. Permitir que el profesional pudiera separarse libremente en este caso implicaría dejar el

---

<sup>895</sup>Sobre la intercambiabilidad de los mecanismos de derecho de denuncia y derecho de separación v. por todos, GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.637 y PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp. 1508-1509.

contrato a su arbitrio (art. 1256 CC). No parecería necesario hacer mayor incapié sobre esta cuestión sino fuera porque, la generalidad de los ordenamientos de sociedades profesionales de personas de derecho comparado reconocen a los profesionales la posibilidad de separarse libremente de la sociedad, cualquiera que sea la duración de la misma. Derecho de separación que se configura como un derecho de orden público<sup>896</sup>. Lo más sorprendente es que la doctrina viene apoyando estas decisiones legislativas, fundamentando su apoyo en "la peculiar naturaleza de la actividad profesional, cuyas connotaciones de autonomía y libertad de juicio no siempre parecen conciliables con la permanencia en un esquema organizativo (como la sociedad) que se encuentra por el contrario orientado a la realización de un preeminente interés de grupo"<sup>897</sup>. En la misma línea se afirma que "el buen funcionamiento de una sociedad civil profesional supone una perfecta entente entre los socios. Cuando uno de ellos pierda su *affectio societatis*, el interés común postula que salga de la sociedad"<sup>898</sup>.

A nuestro juicio esta regulación y la doctrina que la apoyan no pueden aceptarse sin graves reservas. Si bien la peculiar naturaleza de la actividad profesional puede o, en muchos casos debe, singularizar determinadas materias societarias, en la que ahora nos ocupa no justifica en absoluto el reconocimiento de un derecho de separación *a voluntate* de los profesionales en *sociedades constituidas por tiempo determinado*. La especial naturaleza de

---

<sup>896</sup> Así el art. 18 de la ley francesa de sociedades civiles profesionales; El art. 14 del Proyecto de Ley belga sobre sociedades civiles profesionales (v. un comentario al mismo en CH.LEJEUNE, "Project en cours d'élaboration", en *L'exercice en société des professions libérales*, pp. 303 ss, 324). También los últimos proyectos italianos sobre sociedades profesionales reconocen con carácter general al socio un derecho de separación subordinado a un plazo de preaviso. Un comentario a los mismos por G. AMADIO, "Le prospettive di una riforma", *Riv.Dir.Civ.*, 1990, II, pp. 663 ss.

<sup>897</sup> Palabras de AMADIO, transcritas por GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.268.

<sup>898</sup> Palabras de GUYON, transcritas por GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.267.

la actividad profesional, no puede en ningún caso justificar la vulneración del principio general en virtud del cual el incumplimiento de un contrato no puede dejarse a la mera voluntad de una de las partes (art.1256 CC)<sup>899</sup>.

b) En las sociedades de capital, el sistema legalmente diseñado dificulta el reconocimiento del derecho de separación en supuestos no previstos en la ley ni en los estatutos<sup>900</sup>. Ello no supone sin embargo un atentado contra el principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. La razón no esta tanto en la transmisibilidad de las participaciones -de ser así habría que predicar la existencia de un derecho de separación *ad nutum* en aquellos casos en que no haya mercado para las acciones o participaciones (lo cual, dicho sea de paso, ocurre en la mayoría de los casos de sociedades cerradas)<sup>901</sup>, cuanto en el hecho de que la permanencia del vínculo no constituye una hipoteca insoportable de la vida del socio, puesto que no está sujeto a responsabilidad limitada ni normalmente pesa sobre él ninguna obligación personal permanente que menoscabe su libertad.

Ahora bien, en el caso de las sociedades profesionales concurren circunstancias especiales que alteran los presupuestos del análisis. Nos referimos no tanto a que en estas sociedades el principio general sea el de una transmisibilidad restringida en atención a la impronta personalista que las caracteriza, cuanto a la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas

---

<sup>899</sup>Sobre esta cuestión vid. de nuevo lo que se dijo en *supra* §25.III.

<sup>900</sup>Esta omisión es justamente criticada por MARTINEZ SANZ, *La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1997, pp. 44 ss, y allí referencias.

<sup>901</sup> Así se reconoce expresamente en la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley de Sociedades Limitadas al afirmar que nos encontramos ante "*una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación del socio*".

-obligación de que la totalidad o al menos la mayoría de los socios vengan obligados a prestar su actividad profesional en la sociedad, que por lo demás suele realizarse en régimen de exclusividad- vinculadas a la condición de socio. Así las cosas no es difícil entender que en este punto la regulación legal no se ajusta a la especial naturaleza de las sociedades profesionales. Es más, en los casos donde las partes no hayan llegado a un arreglo contractual, la aplicación del sistema legal, implica una clara vulneración del principio de temporalidad de las relaciones obligatorias. Por lo que no parece descabellado afirmar que pese al sistema previsto por el legislador para este punto, el mismo no debe encontrar aplicación en el ámbito de las sociedades profesionales ni obviamente en todos aquellos supuestos de hechos semejantes donde la regulación societaria implique una violación de los principios generales actualmente vigentes como es el recién mencionado<sup>902</sup>. Lo más razonable en estos casos es integrar con alguna salida la regulación legal, salida que a nuestro juicio pasa por reconocer un derecho de separación *ad nutum* en el caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo indeterminado que permita al profesional liberarse del vínculo personal, y un derecho de separación *ad causam* (o por "justos motivos" que permitan la salida voluntaria del socio en situaciones que objetivamente deberían justificarla -cuando la ulterior permanencia del mismo devenga inexigible si no se ha previsto de forma expresa en la ley o en los estatutos) en el caso de que la sociedad se haya constituido por tiempo determinado<sup>903</sup>. La

---

<sup>902</sup>Esta es también la posición de la mayor parte de la doctrina alemana toda vez que el "tipo real" de sociedad limitada no coincide habitualmente con el "tipo legal" previsto por el legislador, concebido como un tipo netamente capitalista. Así, K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, pp. 1255 y 887; H.WIEDEMANN, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaften bei Handelsgesellschaften*, München-Berlin, 1965, pp. 396-402. Entre nosotros PAZ-ARES, "Naturaleza de la regla del valor real", manuscrito en trámite de publicación, p.42; ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM, 1996, pp. 1112-1114.

<sup>903</sup>Sobre esta cuestión vid. ampliamente ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM, 1996, pp. 1112-1114.



jurisprudencia más reciente ha dado un cierto respaldo a esta consideración. Nos referimos a la STS 10-II-1997 (Ac, 1997), al haber admitido en última instancia el derecho de un socio a separarse a pesar de que ni la ley ni los estatutos se lo conferían. La naturaleza personal de la sociedad profesional y la iliquidez de las participaciones que le es congénita avalan esta consideración, que por lo demás coincide con la propuesta que a este respecto se establece en la Propuesta de Anteproyecto de Sociedades profesionales, aprobada por la Comisión General de Codificación.

**§ 36. Exclusión en las sociedades profesionales: justificación de un tratamiento con carácter general cualquiera que sea el tipo social acogido por los profesionales.**

1. Lo mismo que la separación, la exclusión constituye un mecanismo que permite articular la salida de un socio de la sociedad, sin deshacer la organización social que permanece inalterada entre los socios que continúan<sup>904</sup>. Lo específico de la exclusión es que la pérdida de la condición de socio se produce contra o sin la voluntad del socio afectado, y a instancia del resto de socios.

Como es sabido el mecanismo de la exclusión viene siendo tradicionalmente vinculado a las sociedades de personas, sede origen de la institución<sup>905</sup>. En el ámbito de las sociedades de capital la doctrina trata de de

---

<sup>904</sup>Sobre la caracterización sistemática y funcional de la exclusión vid. ALFARO, "Conflictos intrasocietarios. (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", RDM, 1996, n.222, pp. 1079 ss.

<sup>905</sup>De hecho incluso en las sociedades de responsabilidad limitada, hasta la reforma de 1995, no existía una consideración autónoma de la exclusión. Su regulación se establecía por remisión a la regulación de la sociedad colectiva en el Código de Comercio (v. art. 31 LSRL).

justificar la no existencia de un derecho de exclusión so pretexto de que contradice los principios configuradores de estos tipos sociales<sup>906</sup>.

2. El reconocimiento de la facultad o no de exclusión en función de los distintos tipos societarios se adapta mal al campo de las sociedades profesionales. En efecto, como seguidamente tendremos ocasión de comprobar, la peculiar naturaleza de estas sociedades reclama un tratamiento de la exclusión con carácter general, cualquiera que sea el tipo al que se acojan los profesionales para el ejercicio conjunto de su profesión. La *aplicabilidad general del instituto de la exclusión a las sociedades profesionales, sean personalistas o capitalistas* se fundamenta en la que hoy puede considerarse opinión dominante que justifica la exclusión desde la consecución del *fin común*<sup>907</sup>. En efecto, superada la concepción tradicionalmente arraigada en nuestra doctrina que concebía la exclusión como un *mecanismo sancionatorio* activable por la sociedad únicamente ante el incumplimiento culposo por un socio de un deber legal o contractual<sup>908</sup>, la *exclusión se concibe hoy como un mecanismo de protección o defensa ejercido colectivamente por los socios "fieles" a l fin común, frente a las perturbaciones que, en la consecución del objeto social, puede causar la conducta o las circunstancias personas de uno de los socios.*

---

<sup>906</sup>Vid. a título de ejemplo, DGRN 13-I-1984.

<sup>907</sup>Así RODRIGUEZ SASTRE, "Exclusión de un accionista de sociedad anónima", RDP, 1975, pp. 473 ss, 480; GARCIA VILLAVARDE, *Exclusión*, p.217; RECALDE, "Exclusión del socio incumplidor", *La Ley*, 1993-I, p.313; ALFARO, "La exclusión de socios", en *Tratando*, p.892.

<sup>908</sup>La superación de tal concepción pasa por una revisión de la relación entre la exclusión y la resolución. Sobre esta cuestión vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, p.672. En el mismo sentido GARCIA VILLAVARDE, *Exclusión*, p.217; RECALDE, "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil" (Comentario a la STS, Sala 1ª de 6 de marzo de 1992, *La ley*, 1993, pp. 1 ss; ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM 1996, pp. 1116 ss; del mismo autor "La exclusión", *Tratando*, pp. 898 ss.

Desde esta concepción la justificación del mecanismo de la exclusión en sociedades profesionales, personalistas o capitalistas, es sencilla. Como es sabido en estas sociedades, los socios no son inversores pasivos sino colaboradores activos. Consecuentemente el comportamiento o las circunstancias personales de los socios tienen una gran incidencia sobre lo demás, influyendo asimismo muy directamente sobre la consecución del fin común. La cuestión debe situarse pues, no en la existencia de la institución según el tipo social adoptado por los profesionales, sino en la valoración de los comportamientos y las circunstancias concurrentes en la persona de los profesionales como relevantes para ser calificadas como causas de exclusión<sup>909</sup>.

3. Desde el punto de vista de la consecución del fin común, varios son los supuestos que pueden poner en peligro la realización del mismo y por ende pueden considerarse como "justos motivos" de exclusión.

a) En primer lugar *los incumplimientos graves de deberes sociales relevantes para el fin común*<sup>910</sup>. A efectos de determinar si estamos ante un incumplimiento relevante, ha de ponderarse su entidad desde un punto de

---

<sup>909</sup> Así ALFARO, "Conflictos intrasocietarios", RDM, 1996, p.1126; también RODRIGUEZ SASTRE, "Exclusión de un accionista de sociedad anónima", en RDP, 1.975, junio, pp. 473 ss, y julio-agosto, pp. 499 ss, quien afirma que "*a la sociedad anónima son aplicables una serie de causas de exclusión quizá de tanta amplitud que (a la)... colectiva*"; en sentido parecido GARCIA VILLAVARDE, RdS, n.º.extr.1994, pp. 367 ss, 368.

<sup>910</sup> Incumplimientos cuyo tratamiento -si bien con distinto alcance según los diferentes tipos sociales- constituyen el único grupo de causas contempladas por el legislador como supuestos de exclusión [así en el ámbito de la sociedad civil vid. art. 1706 I CC *in fine* (sobre la interpretación que el mismo merece vid. PAZ-ARES, *Comentario*, art. 1.706,II,3, p. 1511; A.RECALDE CASTELLS, "Exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", *La Ley*, 3.2.1993, p. 313; QUESADA, *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona, 1.991, p.146; en las sociedades mercantiles de personas, vid., art. 218 C de c (sobre el mismo vid. GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.671. *In extenso* GARCIA VILLAVARDE, *Exclusión*, pp. 86 ss); en las sociedades de responsabilidad limitada, 98 LSRSL]. Como se ha encargado de resaltar la doctrina más atenta la *ratio* de su regulación se justifica no porque la exclusión sea una medida sancionatoria, que no lo es (vid. de nuevo nt. y texto que acompaña), sino porque son los más evidentes en los que no puede exigirse a los demás socios continuar en la sociedad con el socio incumplidor. Así ALFARO, "La exclusión", *Tratando*, p. 903.

vista cuantitativo y cualitativo. En cualquier caso no es necesario que el incumplimiento sea culpable, ya que como hemos dicho se debe rechazar el carácter sancionatorio de la exclusión. En las sociedades profesionales, el supuesto más importante dentro de este grupo de casos es el de *incumplimiento de la prestación de la actividad profesional*. En efecto, en la medida que la prestación de trabajo constituye la principal aportación de los socios profesionales -es la conducta en que se resume su obligación de promover el fin común- su incumplimiento provoca una alteración del equilibrio de las prestaciones en la estructura del contrato social, lo que concede a la sociedad un buen argumento para reclamar la exclusión del socio incumplidor. Esta afirmación es válida *aún cuando la dicha actividad venga articulada a través de la institución de las prestaciones accesorias*. En efecto, el indudable valor económico que las mismas presentan en estas sociedades (no olvidemos que en ellas la aportación de capital tiene una mera función reguladora de la posición de los socios), y la relevancia de la obligación desde la perspectiva de la consecución del fin común avalan esta consideración<sup>911</sup>. Así pues, cualquiera que sea el tipo social adoptado por los profesionales, el incumplimiento de su obligación de actividad puede considerarse un justo motivo de exclusión.

Otros supuestos de incumplimientos que pueden considerarse también justos motivos de exclusión son aquellos que implican una perturbación del funcionamiento de la sociedad, -tal es por ejemplo el supuesto de *realización de actividades competitivas con la sociedad que puedan considerarse contrarias al deber de lealtad hacia la sociedad*, como es el caso de un

---

<sup>911</sup>En el mismo sentido GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.278, quien recoge posiciones a favor y en contra.

profesional que desvia la clientela de la sociedad al objeto de atenderla a título individual-.

b) En segundo lugar deben considerarse justos motivos determinados supuestos que, aun no representando estrictos incumplimientos permiten presumir la imposibilidad de cumplir las obligaciones fundamentales del socio en el futuro. Se trata en definitiva de situaciones o de circunstancias concurrentes en la persona del socio que harán imposible que el socio desarrolle la conducta actividad en que se resume su obligación de promover el fin común<sup>912</sup>. Dentro de este grupo de casos, la *pérdida de los requisitos legales para el ejercicio profesional* es, a nuestros efectos, el supuesto más importante que puede hacer inexigible al resto de socios continuar en el sociedad con el profesional afectado. Dos son en concreto las circunstancias concretas que pueden provocar esta situación: la *inhabilitación penal o disciplinaria de uno de los socios para el ejercicio profesional* y la *incapacitación profesional*.

aa) La inhabilitación definitiva o permanente para el ejercicio de la profesión, derivada de una condena penal o del ejercicio de la facultad disciplinaria de los Colegios profesionales constituye ciertamente una visicitud personal que imposibilita la prestación profesional del inhabilitado. En los casos donde la condición de profesional en ejercicio se configure legal o estatutariamente como requisito imprescindible para ser socio de una sociedad profesional concreta, la inhabilitación constiuye ciertamente un justo motivo de exclusión<sup>913</sup>. Pero también en aquellos otros casos en los que se

---

<sup>912</sup>RECALDE, "Exclusión del socio incumplidor", *La Ley*, 1993, p. 314; ALFARO, "La exclusión", *Tratando*, pp. 904-905.

<sup>913</sup>Esto es lo que sucede en las sociedades civiles profesionales francesas, cuando un profesional queda inhabilitado de forma definitiva para el ejercicio de su profesión. En efecto el art. 24 III de la Ley de 1966,

admita la participación de socios meramente capitalistas, la inhabilitación puede considerarse justo motivo de exclusión, si la participación del profesional inhabilitado como socio de capital y no de trabajo, puede llegar a poner en peligro la eficaz consecución del fin común, por afectar perjudicialmente a la reputación profesional de la sociedad. A ello debe añadirse que, en este caso, la mera participación del profesional como socio capitalista supondría una vía indirecta de fraude, toda vez que aún estando inhabilitado penal o disciplinariamente para el ejercicio de la profesión se estaría beneficiando de ingresos de carácter profesional<sup>914</sup>.

Junto a la inhabilitación, la incapacitación profesional, entendida como circunstancia no imputable al profesional afectado, puede hacer igualmente inexigible al resto de socios la continuación con el socio afectado, en todos aquellos casos en los que la *colaboración personal del profesional en la actividad social se hubiese configurado como motivo de su contratación por la sociedad*<sup>915</sup>. Lo importante como venimos diciendo es que el

---

señala que el socio pierde su condición de tal desde el día que quede inhabilitado definitivamente para ejercer la profesión. El valor de su participación en sociedad se realizará mediante la transmisión obligatoria de sus *parts sociales* con arreglo a las normas de la cesión por causa de muerte. La ley remite a los reglamentos particulares de cada profesión para los casos de inhabilitación profesional temporal. En el mismo sentido el art. 15 del Proyecto de ley de sociedades civiles profesionales belga establece que la pérdida de las cualidades requeridas para ejercer la profesión conlleva la pérdida del pleno derecho a la cualidad de socios. En conexión con los artículos 1 y 2 del Proyecto (que exigen que el ejercicio de la profesión en sociedad sea llevado a cabo a título independiente) la doctrina estima que su ejercicio asalariado de la profesión conduce a la pérdida de la condición (Vid. al respecto, LEJEUNE, "Projet en cours d'elaboration: les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, Bruselas, 1989, pp.310 y 324). Por su parte, los últimos proyectos de ley italianos sobre sociedades profesionales establecen que la expulsión del Colegio profesional implica la exclusión de pleno derecho del profesional expulsado. Por contra los casos de incumplimiento grave, suspensión de ejercicio profesional o incapacidad sobrevenida para el ejercicio de la profesión, constituirán tan sólo causas potestativas de exclusión, a voluntad de los socios, los cuales deberán atenerse al procedimiento previsto de exclusión según la forma social adoptada.

<sup>914</sup>En el mismo sentido GARCIA PEREZ, *Ejercicio en sociedad*, p.119. En la legislación comparada el art. 7 II de la ley del 90 de *sociétés d'exercice libéral* francesa, hace asimismo mención expresa de esta interdicción.

<sup>915</sup>Naturalmente en los casos donde ello no suceda no hay inconveniente en mantener como socio capitalista a quien haya dejado de prestar sus servicios profesionales.

incumplimiento o, en este caso, la vicisitud personal que concurre en el socio, afecte negativamente a la realización del fin común<sup>916</sup>.

cc) Otro supuesto que podría incluirse en este grupo de casos es áquel en el que como socio de una sociedad profesional participa una persona jurídica. Como ya tuvimos ocasión de ver en otro lugar parece razonable pensar que en el ámbito profesional la voluntad hipotética de las partes conduce a presumir la vigencia genérica del principio de *contemplación subjetiva de la sociedad-partícipe*, determinante tanto de su admisión como de su permanencia en la sociedad. De ahí que aquellos casos donde se produzca una modificación sustancial de dicha composición subjetiva, que provoque una alteración de las bases personales sobre las que se constituyó la sociedad pueda presumirse razonablemente que dicha alteración constituye una circunstancia que puede alterar la realización del fin común. Tal sería el caso por ejemplo de tres profesionales que constituyen una sociedad, en la que uno de ellos lo hace en representación de una sociedad de la que es su único socio, pero posteriormente esa sociedad se transforma en una sociedad pluripersonal, o cambia la persona del único socio.

c) Por último, el comportamiento extrasocietario del socio puede ser, *excepcionalmente*, causa de exclusión en la medida que dificulte la consecución del fin común. Así en sociedades profesionales constituídas en atención a la persona de sus socios, la destrucción de la situación de confianza y de colaboración entre los profesionales puede llegar considerarse justo

---

<sup>916</sup> Así GARRIDO DE PALMA afirma en el ámbito de las sociedades anónimas profesionales que : "los accionistas... lo serán mientras presten su actividad profesional (supuesto frecuente de arquitectos, abogados ...) en la empresa; si dejaran de realizar tal actividad vienen obligados a poner a disposición de la sociedad sus acciones...". En este sentido como afirma el autor "el enfoque no es propiamente ya de cumplimiento o incumplimiento: la conexión esencial actuación profesional-socio lleva insito, inherente, la conclusión de que la prestación accesoria (que en el caso es real y económicamente la fundamental) si desaparece precipita el dejar de ser socio de la sociedad anónima": GARRIDO DE PALMA, en GARRIDO DE PALMA/SANCHEZ GONZALEZ/ ARANGUREN URRIZA/MARTINEZ FERNANDEZ/GARDEAZABAL DEL RIO: *Las sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, Madrid, 1.990, 3ªed., p.175.

motivo de exclusión si esa situación es imputable a un socio en concreto y se demuestra que su actuación afecta perjudicialmente a la sociedad<sup>917</sup>.

4. Naturalmente la posibilidad de que la sociedad profesional reclame la exclusión en estos casos no ofrece problema alguno siempre que los mismos puedan reconducirse a alguna de las causas legales de exclusión del tipo social al que se hayan acogido los profesionales.

Tampoco debe ofrecer duda alguna cuando exista una previsión estatutaria expresa<sup>918</sup>, o cuando los estatutos hayan previsto con carácter general la exclusión de los socios por "justos motivos". Como hemos visto todos los supuestos mencionados ponen en peligro la realización del fin común y por ende hacen inexigible a la sociedad la continuación con el socio afectado.

Bastantes más dificultades plantea sin embargo la posibilidad de que opere la exclusión en ausencia de previsión estatutaria. En efecto, aún cuando como hemos dicho hoy puede considerarse opinión dominante la que justifica la exclusión desde el punto de vista de la consecución del fin común, lo cierto es que hoy es todavía opinión mayoritaria la que entiende que, fuera del ámbito estatutario, la facultad de exclusión de la sociedad debe resolverse en atención a la regulación particular del tipo societario<sup>919</sup>. Así, en las sociedades

---

<sup>917</sup>A una interpretación de este tipo se ha llegado recientemente en la doctrina alemana. Vid referencias doctrinales en RECALDE, "La exclusión del socio", *La Ley*, 1.993-1, p.314. Ejemplos de este tipo de conductas en sociedades de personas en Galgano, *Società di persone*, pp. 272-273, y en QUESADA, *Disolución de la sociedad civil*, p.165.

<sup>918</sup>Como es sabido los socios en el ejercicio de su libertad de configuración estatutaria de las relaciones internas pueden regular expresamente las causas de exclusión que tengan por conveniente, sin más límites que los que resulten de la protección de terceros y los límites generales de la autonomía privada -en particular los pactos leoninos y, en general los contrarios al art. 1255 CC.

<sup>919</sup>Así GARCIA VILLAYERDE, *Exclusión de socios*, p.214 para el ámbito de las sociedades colectivas. En relación a las limitadas, "Exclusión de socios, en [RODRIGUEZ ARTIGAS y otros (coords.)], *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, T.II, Madrid, 1996, pp. 1023 ss,



profesionales sólo si los casos descritos como justos motivos de exclusión pueden reconducirse a alguna de las causas legales de exclusion del tipo social al que se hayan acogido los profesionales, el ejercicio de este derecho por la sociedad sería factible.

A nuestro juicio, esta opinión no es atendible. El fundamento sobre el que se hace descansar la exclusión hace mucho más convincente la posición defendida en los estudios más actuales, los cuales postulan que incluso aún cuando los estatutos guarden silencio al respecto, existe una *causa legal no escrita* de exclusión por "justos motivos" cuando a la mayoría no le sea exigible permanecer en la sociedad con un socio concreto y no sea razonable o no se pueda recurrir a la disolución<sup>920</sup>. Aplicando esta teoría a las sociedades profesionales, debe concluirse, que aun cuando ni la ley aplicable, ni los estatutos lo hubieran previsto, el incumplimiento del profesional de su actividad profesional, la desviación de la clientela de la sociedad, la inhabilitación o incapacitación profesional y la alteración de las bases personalisimas por las que en su momento se admitió la participacion de una sociedad profesional-socia, facultan legítimamente a la sociedad profesional para reclamar la exclusión del socio.

5. En materia de *procedimiento* rige, como en general, el principio de libertad estatutaria. En defecto de previsión estatutaria las sociedades profesionales seguirán las reglas que correspondan según la forma social

---

1027, si bien el autor critica duramente el el hecho de que el legislador haya omitido una cláusula general que permita la exclusión por justos motivos. En cualquier caso -afirma este autor- la ausencia de esta técnica de cierre del sistema hace inviables tales ensayos.

<sup>920</sup>Para un análisis de los argumentos en favor de esta conclusión vid. ampliamente ALFARO, "La exclusión", *Tratando*, pp. 895 ss, y "Conflictos intrasocietarios", RDM, 1.996, pp. 1116 ss.

adoptada<sup>921</sup>. No se trata ahora de introducirnos en una discusión general que afecta a cualquier aspecto procedimental de la exclusión, sino de examinar si la aplicación de las reglas de exclusión en este punto ofrecen alguna particularidad ante la presencia de socios que, como los profesionales, aportan su actividad a la sociedad. A este respecto merece una referencia especial la redacción del artículo 138 del C de c. La interpretación literal del precepto conduce a atribuir a los socios de capital un poder exclusivo y excluyente en la toma del acuerdo de exclusión de un socio de industria, frente a la actuación de los industriales<sup>922</sup>. Como puede suponerse una interpretación en tal sentido carece de toda justificación. En efecto, el incumplimiento de un socio que aporta su actividad no afecta única y exclusivamente a los socios de capital. En la medida que todos los socios, capitalistas y de industria, participan en la consecución del objeto social, a todos les interesa que cada uno cumpla con su aportación en los términos que se han previsto en el contrato, teniendo derecho todos ellos a participar de los acuerdos de exclusión. La *ratio* de la participación global de todos los socios en los

---

<sup>921</sup> Así en los casos donde los profesionales se hayan acogido a una sociedad de responsabilidad limitada el régimen legal supletorio consiste en la adopción de un acuerdo social de exclusión por la junta de socios, con el quorum reforzado previsto en el art. 53.2 b) LSRL, y excepcionalmente para los socios con una participación superior al 25%, con intervención judicial. Más discusión ofrece la interpretación del régimen legal previsto para las sociedades colectivas. La doctrina oscila entre afirmar que la exclusión puede declararse unilateral y extrajudicialmente por la sociedad, y los que afirman la necesidad de una declaración judicial de la misma. A nuestro juicio resulta más convincente la posición de la doctrina mayoritaria que parte de la consideración de la exclusión como un acto de la sociedad. La solidez de los argumentos aducidos avalan esta consideración. En primer lugar, la referencia supletoria a la resolución contractual en general, que, como es generalmente admitido, puede ejercitarse extrajudicialmente. En segundo lugar las diversas referencias contenidas en el Código de comercio a la "sociedad" como titular del derecho a excluir, lo que es coherente con la atribución de la personalidad jurídica a las sociedades externas en nuestro derecho. En tercer lugar, la excepción a la regla contenida en el art. 132 C de c que permite extraer a contrario la regla general y que obliga a la decisión judicial cuando se trate de excluir al administrador en la SRC (arts. 132, 138 y 170 C de c). Vid. por todos GARCIA VILLAVARDE, *La exclusión*, pp. 219 ss. con indicaciones en la nt. 327; más recientemente E. BELTRAN, voz "Disolución parcial", *Enciclopedia jurídica básica*, p.2540.

<sup>922</sup> Así, GIRON, *Sociedades mercantiles*, II.1, Valladolid, 1.955, p.247, estima siguiendo al interpretación literal del precepto que cuando existe más de un socio industrial, éstos no necesitan intervenir en el acuerdo de exclusión de otro compañero.

acuerdos de exclusión descansa en el fundamento mismo de esta institución: el derecho que corresponde al *conjunto del colectivo social* (sin distinción entre las diferentes clases de socios) de defenderse frente a las perturbaciones que puede causar en la consecución del objeto social, el comportamiento o circunstancias personales de cualquiera de sus socios, capitalistas o de industria. Faltan en definitiva razones fundadas para sostener que sólo los socios de capital pueden acordar la exclusión de los socios que prestan su actividad a la sociedad. También los socios de industria deben intervenir en la adopción del acuerdo, sin que por ello deban estimarse violentados los textos legales<sup>923</sup>. Por las mismas razones cuando de lo que se trata es de la exclusión de un posible socio de capital en una sociedad profesional, debe afirmarse que el derecho a participar en la adopción del mismo corresponde a todos los socios, profesionales y no profesionales.

6. La exclusión, como la separación provocan la pérdida de la condición de socio, y obligan a la sociedad a entregar al socio separado o excluido su parte en el haber social. Lo que ahora interesa señalar es el contenido económico de la cuota de liquidación del socio que ha causado baja.

### **§ 37. La liquidación parcial de la sociedad: la liquidación del socio separado o excluido.**

---

<sup>923</sup>En el mismo sentido VERGEZ, *Socio industrial*, pp. 195-196, quien explica la dicción del artículo 138 en atención a la existencia de una sociedad en la que sólomente participe un socio de industria. Lo que el legislador ha querido significar con este precepto -afirma la autora- es "sencillamente que el socio industrial, cuya exclusión se promueve, no puede intervenir en la adopción del correspondiente acuerdo de exclusión".

1. La determinación de la cuota de liquidación del socio separado o excluido requiere normalmente una valoración del conjunto del patrimonio social<sup>924</sup>. No se trata normalmente de un valor liquidatorio. En efecto, aunque respecto del socio saliente suele afirmarse que haya que proceder si como para él se liquidara la empresa, la realidad es que como es sabido la separación y exclusión suponen sólo una rescisión parcial del contrato de sociedad<sup>925</sup>. La empresa sigue y esta continuidad condiciona el valor de la empresa. A ello debe unirse el que en principio el socio que sale de la sociedad no tiene porqué experimentar perjuicio alguno por el hecho de que los demás continúen en la empresa. Así las cosas, lo razonable es que el cálculo del valor de la empresa se haga no por su valor de liquidación, sino más bien por el valor de su venta como conjunto patrimonial, esto es, de acuerdo con lo que podría obtenerse en el mercado de procederse a la venta de la empresa. De lo que se trata en definitiva es de determinar lo que un tercero potencial adquirente estaría dispuesto a pagar por la empresa en funcionamiento<sup>926</sup>. A tal efecto parece que lo más correcto es la valoración de la empresa conforme a *criterios de valoración dinámicos*, esto es, basados en

---

<sup>924</sup>La razón de esta valoración del conjunto del patrimonio de la sociedad es el *carácter definitivo* que este tipo de liquidación tiene para el socio que causa baja. En efecto, como es sabido todos los socios tienen, salvo pacto en contrario (art. 1.689 CC), derecho a la devolución de su parte en el capital social, más la parte que les corresponda en las ganancias de la sociedad. De ahí que si esta previsión legal no se tuviera en cuenta a efectos de la liquidación del socio saliente, se produciría una disparidad de tratamiento entre los socios en relación al incremento patrimonial de la sociedad (las ganancias sociales), de cuyo valor únicamente se beneficiarían unos socios (los que permanecen en la sociedad), con exclusión de otros (los que causan baja en la misma). Naturalmente aún cuando la valoración conjunta del patrimonio social es la regla general ello no impide sin embargo, que los socios, en virtud de la autonomía de la voluntad, y mediante contrato (siempre dentro de los límites establecidos por la ley, la moral, y el orden público) puedan acordar una solución distinta para los casos de baja social.

<sup>925</sup>Sólo existe una correspondencia entre ambos valores en aquellos casos en los que la liquidación de la sociedad implica la liquidación de la empresa.

<sup>926</sup>ALFARO, "La exclusión", *Tratando*, p.916, y *La liquidación parcial de la sociedad*, manuscrito (nt.23 ss); GARCIA VILLAVARDE, *D. de s.*, nº. extraord. 1993, p. 377.

los rendimientos esperados del conjunto de activos que constituyen la empresa<sup>927</sup>.

Una vez determinada la situación patrimonial de la sociedad, calculado el valor patrimonial de su patrimonio, habrá que determinar, de esa cantidad, que proporción corresponde al socio que causa baja. Proporción que en las sociedades profesionales habrá de determinarse a partir de la regulación legal prevista para el tipo social al que se hayan acogido los profesionales.

2. La falta de una regulación legal suficiente en el ámbito de las sociedades de personas hace frecuente un tratamiento contractual de la materia a través de cláusulas estatutarias que fijan bien expresamente la cantidad a abonar al socio, bien el procedimiento a seguir en el caso<sup>928</sup>. Los límites a la validez de dichas cláusulas serán los generales de la autonomía privada y los derivados de la prohibición de pactos leoninos. En lo que respecta al régimen legal dos son las cuestiones que a estos efectos merecen una referencia especial en cuanto a su aplicación a las sociedades profesionales. En primer término el hecho de que en las estas sociedades el reparto del patrimonio social se haga distinguiendo entre aportación de capital y ganancias. En segundo lugar el relativo al reparto de los beneficios de las operaciones pendientes al tiempo de la rescisión.

a) La distinción entre capital y beneficios en las operaciones divisorias de reparto implica que la cuota de liquidación del socio separado o excluido

---

<sup>927</sup> El valor de la renta esperada se determina comparando las ganancias de los últimos años más recientes, es decir, capitalizando la renta esperada. Sobre los distintos factores a tomar en consideración en la capitalización vid. ampliamente ALFARO, Liquidación, nt. 44 ss.

<sup>928</sup> Refiriéndose también a las cláusulas que a falta de Derecho positivo se ocupan de la baja de socios vid. en la doctrina italiana a GHINDI, *Le società*, p. 615 y ss.

venga determinada por la liquidación de su parte en el capital social, junto a la regla establecida en el contrato para el reparto de las ganancias acumuladas a lo largo de la vida de la sociedad. La aplicación de esta regla en el ámbito de las sociedades profesionales implica que los profesionales, como socios de industria, no tienen derecho a que se les reembolse el importe de su aportación, como parte de su cuota de liquidación, toda vez que como es sabido, la aportación de actividad no integra la cifra de capital social. El tema no adquiere relevancia práctica alguna en las que hemos denominado *sociedades profesionales puras*, compuestas en su integridad por socios profesionales. En la medida que todos son socios de industria, ninguno de ellos tendrá derecho a participar en el capital social. La cuestión adquiere sin embargo un cariz distinto en el marco de las *sociedades profesionales mixtas*, compuestas por profesionales y quienes no lo son. El hecho de que a los socios profesionales no se les aplique cantidad alguna en concepto de reintegro de su aportación sino sólo sus frutos y beneficios (arg. ex art. 1708 CC), implica un trato discriminatorio de los mismos en relación a los socios de capital. Esta minusvaloración de la aportación de trabajo ha merecido duras críticas por parte de la doctrina, a las que ya tuvimos ocasión de referirnos en otro lugar, y a las que desde aquí nos remitimos. El único remedio positivo ante esta situación pasa por un acuerdo expreso entre las partes, que obvie tal discriminación<sup>929</sup>.

b) El C de c establece para las sociedades mercantiles de personas que, mientras no se concluyan del modo más conveniente los negocios pendientes y mientras no se terminen no se procederá a la división de los bienes en

---

<sup>929</sup>"Bastaría con que la voluntad de los contratantes se encontrara lo suficientemente clara, como por ejemplo si se indica que los socios participarán en una determinada proporción sin distinguir entre

relación al socio que se separa (v. art. 225 C de C). En el mismo sentido el art. 219 C de c, en relación al socio excluido, establece en general para las rescisiones parciales, que la Sociedad queda autorizada a retener, sin dar participación en las ganancias, ni indemnización alguna, los fondos que tuviere en la masa social, hasta que estén terminadas y liquidadas todas las operaciones al tiempo de la rescisión. Ambos preceptos han sido duramente criticados por la doctrina<sup>930</sup>, toda vez que su interpretación literal parece responder a una especie de sanción al socio que causa baja por la facultad de retención de la sociedad de su cuota hasta la terminación de todos los negocios pendientes; consideración sancionatoria que, como hemos visto, puede considerarse ampliamente superada. A la consideración sancionatoria se une además la indeterminación del concepto "operación pendiente".

A estas críticas de carácter general debe añadirse que la aplicación de estas normas se adapta mal a las sociedades profesionales, pudiendo llevar a la siguiente situación: si los profesionales saben que la consecuencia de su ejercicio del derecho de separación (o en su caso eventual exclusión), no es sino la retención por la sociedad de lo que a ellos les corresponde hasta que no se concluyan todas las operaciones pendientes, nunca se van a arriesgar a realizar actividades a muy largo plazo (litigios judiciales importantes, etc) por el perjuicio que el largo desarrollo de las mismas pudiera causar a su derecho a recibir la cuota de liquidación, invirtiendo pues sus esfuerzos únicamente en proyectos de corta duración que les aseguren su derecho a su compensación económica de una manera más efectiva. Esta situación pudiera tener no obstante una lectura *a sensu contrario* del aquí expuesto, si se permitiera al

---

*participación en resultados y participación en capital"*. Así a modo de ejemplo, CAPILLA, *Com.Edersa*, p.705.

<sup>930</sup> Así en relación al art. 219 C de c vid. GIRON, *Derecho de sociedades*, I, pp. 681-682; sobre el art. 225 C de c. vid. L.SUAREZ-LLANOS GOMEZ, "Sobre la separación de un socio en las Sociedades de Personas", *Estudios Uría*, p.802.

socio una compensación por las operaciones pendientes, toda vez que esta solución parecería incitar al menor esfuerzo de los socios que mantienen una relación *vis a vis* con el cliente por los casos que completan, en la medida que los primeros saben que parte de sus esfuerzos van a ir a parar a profesionales que han abandonado la sociedad<sup>931</sup>. Las cosas sin embargo no son así. La reducción de esfuerzo potencial en este contexto no es tal, toda vez que los socios que quedan tienen el incentivo de proteger la reputación general de la sociedad y continuar esas relaciones con los clientes<sup>932</sup>. Así las cosas parece que las expectativas normativas típicas de quienes constituyen una sociedad profesional se corresponde con la inexistencia de una liquidación específica de los negocios pendientes, esto es, la voluntad hipotética de las partes parece apuntar a que en la valoración de la cuota de liquidación del socio que causa baja queden incluidos los resultados esperados de los negocios pendientes. Dicha presunción habrá de articularse no obstante, a través de un acuerdo contractual de las partes al objeto de evitar la aplicación de las normas citadas.

3. La liquidación del socio separado o excluido se encuentra regulada detalladamente en la ley de sociedades de responsabilidad limitada. En efecto, el legislador ha previsto un sistema bastante detallado de la forma en que han de valorarse las participaciones del socio separado y excluido y el

---

<sup>931</sup>Vid. Hillman, "Law Firms and their partners: the law & ethics of grabbing and leaving", *Texas Law Review*, 1.988, vol.67, pp. 1, 17, 49-50, 57.

<sup>932</sup>Esta situación ha sido tomada en consideración en las firmas profesionales americanas instaurándose una regla que se conoce con el nombre de *work in process*, la cual se construye como un sistema que permite una compensación al socio que se separa por el trabajo "*in process*" anterior a la separación, con las mismas bases con la que hubiera sido pagado si el proceso hubiera concluido antes de su separación. Concediendo a los socios una parte en los intereses de ese *work-in-process* se minimiza el *shirking* y los costes de riesgo. Vid. un estudio sobre la misma en L.E.RIBSTEIN, "A theoretical analysis of professional partnership goodwill", *Nebraska Law Review*, 1.991, vol.70, pp.38-73, 68-70; BROMBERG/RIBSTEIN, *Partnership*, 1.988, § 7.08 (c), p. 7: 85.



procedimiento de reembolso de dichas aportaciones (arts. 100 y 101 LSRL). La cuestión que se torna problemática a este respecto es la *determinación de la naturaleza del valor real de las participaciones*. La doctrina predominante tiende a considerar, al menos en relación a las sociedades de capital, que el criterio del valor real al que alude el legislador es un criterio de orden público que no puede quedar al arbitrio de la autonomía privada. A nuestro juicio, sin embargo, la regla del valor real constituye una regla dispositiva que puede ser sustituida en el ámbito de la autonomía privada por otras reglas tales como la del valor nominal o la del valor teórico contable<sup>933</sup>.

*La cuestión adquiere una relevancia especial en el ámbito de las sociedades profesionales*. En efecto, teniendo en cuenta que el valor de las mismas se debe de modo fundamental al trabajo personal de los socios, parece razonable afirmar que cuando un socio deja de aportar su actividad a la sociedad, *no hay ninguna razón para atribuirle como liquidación una cantidad de dinero que refleje la parte proporcional del valor actual de la empresa social ya que el mismo depende críticamente de la actividad personal de los socios en activo*. Lo lógico por tanto, es que el socio que debe abandonar la sociedad, reciba, como liquidación, la parte que le corresponda por su participación en el capital social, y la fuerza de su trabajo que podrá aplicar en otras industrias. Y que no se diga que el socio que ahora causa baja ha podido contribuir -bien con la clientela aportada o con su reputación profesional- al valor actual de la sociedad profesional, y que tal contribución puede ser aprovechada por los socios que permanecen gracias a la *vis atractiva* que ejerce la "marca" de la sociedad sobre los clientes, porque cuando tal contribución es significativa, suele ser tomada en cuenta al atribuir a los socios su parte en el capital social, lo que justifica que en el momento de

---

<sup>933</sup>En el mismo sentido PERDICES, *Clausulas restrictivas*, pp.235 ss; ALFARO, *Liquidación*, nt.144 ss.

la baja no se vuelva a remunerar tal contribución<sup>934</sup>. De hacerlo se provocaría un supuesto de enriquecimiento injusto del profesional que se vería doblemente retribuido -en el momento de la aportación y en el momento de su baja. Aún más. La práctica profesional muestra que lo frecuente en este tipo de sociedades, es que el socio que ahora sale de la sociedad no haya pagado el "valor real" de su participación cuando ingresó en la misma puesto que no se incluyó el *goodwill* de la sociedad para calcular su aportación. Lo inequitativo sería permitirle ahora exigir una parte del patrimonio social que él no contribuyó a constituir en modo alguno. En definitiva parece razonable que en este tipo de sociedades haya necesidad de prever *criterios de cálculo de la cuota de liquidación que vayan por debajo del valor real*.

Esta circunstancia nos obliga a desarrollar una disgresión extensa cuyo objetivo es poner de manifiesto la improcedencia de la tesis dominantes, que ejemplificaremos en relación a la sociedad limitada<sup>935</sup>. A tal efecto examinaremos en primer lugar la consistencia de los argumentos empleados por la doctrina tradicional (v. *infra* a), para después verificar si la supuesta imperatividad de la regla se desprende de principios de orden publico societario (v. *infra* b) o de los preceptos positivos de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada (v. *infra* c). La respuesta -lo avanzamos ya- abona claramente la naturaleza dispositiva de la regla del valor real.

a) De acuerdo con el plan trazado abordamos en primer lugar el *estudio critico de la doctrina tradicional*. El cuerpo de la doctrina que se ha ido

---

<sup>934</sup>Del mismo modo tampoco hay razón alguna para incluir en la valoración el mayor valor de la sociedad atribuible al "capital humano" que se "lleva con él". Estas bases llevan a algunos autores a negar que, en sociedades profesionales, corresponda al socio que se separa o es excluido cualquier participación en el *goodwill* de la sociedad. Así, RIBSTEIN, *Nebraska L.Rev.*, 1991, vol.70, pp. 46-47, 68.

<sup>935</sup>Este análisis ha sido presentado en la memoria justificativa que acompañaba al Borrador de Anteproyecto de Ley de sociedades profesionales que nos fue encargado a petición del del Ministerio de Justicia a través del Decano del Colegio de Abogados de Madrid, y que finalmente tras algunas modificaciones ha sido aprobado como Anteproyecto de Ley.

formando en esta materia a partir de la promulgación de las Leyes de anónimas y limitadas de 1951 y 1953 se caracteriza por una progresiva "sacralización" del derecho del socio o de sus causehabientes a recibir el valor real de su participación en los casos que por una causa o por otra, cause baja en la sociedad<sup>936</sup>. Lo que comienza siendo una simple advertencia frente al peligro de expoliación, termina por convertirse en un dogma de derecho positivo<sup>937</sup>. El resultado de este proceso, al que en la última década ha contribuido decisivamente la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado<sup>938</sup>, se manifiesta positivamente en el artículo 123.6 del Reglamento del Registro Mercantil. El precepto es muy discutible. Si tenemos en cuenta que la autoridad reglamentaria carece de poderes normativos autónomos, tendremos que convenir que la validez del precepto está condicionada a que pueda demostrarse *aliunde* que la regla del valor real se halla "implícita" en el sistema legal. Esto es justamente lo que pensaba la doctrina tradicional, que sustenta su punto de vista en dos argumentos: el argumento de la prohibición de las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción o la participación y el argumento de la prohibición de pactos leoninos<sup>939</sup>. Sin embargo, ninguno de los dos argumentos resultan en absoluto convincentes.

---

<sup>936</sup>La doctrina se forma básicamente en relación al problema de la determinación del precio de adquisición o del precio de rescate en las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones y participaciones, pero naturalmente se extiende también al problema similar de la determinación del importe de la cuota de liquidación en los casos de disolución parcial (separación y exclusión).

<sup>937</sup>Para el análisis de la génesis y formación del dogma, v. PAZ-ARES, *Naturaleza de la regla del valor real*, manuscrito en trámite de publicación, UAM, 1995, pp.6-9; L.FDEZ DEL POZO/G.HERRERO MORO, *El precio de las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones o participaciones*, Madrid, 1994, pp. 21-42.

<sup>938</sup>Vid. una relación completa de las resoluciones relevantes en FDEZ DEL POZO/HERRERO, *El precio*, pp. 143 ss.

<sup>939</sup>Vid., BROSETA PONT, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones*, Madrid, 1984, pp. 107 ss; DE LA CAMARA, "Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de las sociedades anónimas", ASN, 1991, 4, p.290; LOJENDIO OSBORNE, "La

El primero se basa en un error de calculo. Es cierto que la valoracion de las participaciones por debajo de su valor real constituye un obstaculo para transmitir las acciones o participaciones, puesto que, *ceteris paribus*, es mas facil que una persona este dispuesta a enajenar un bien si puede obtener por el un mayor precio. Sin embargo ello no quiere decir que cualquier clausula que se aleje del valor real haya de ser por esa razon invalida. La Ley permite que se establezca restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, y entre ellas pueden encontrarse las que se derivan de la fijacion de un precio de adquisicion o rescate inferior al real. Lo unico que prohíbe la ley es que se haga practicamente imposible la transmision, lo cual solo sera cierto cuando la valoración de las acciones o participaciones no permita más que obtener un precio ridiculo o simbólico, o mejor dicho, un precio que el socio experimente como expropiatorio. Solo en ese caso podremos afirmar que el socio se halla "prisionero del titulo"<sup>940</sup>. *Y esto no es ciertamente lo que acontece en nuestro caso: el socio de una sociedad profesional sabe de antemano que cuando haya de causar baja en la sociedad no puede pretender llevarse mas que lo que le corresponde en funcion de su aportacion inicial, que es basicamente el capital fisico aportado -normalmente de escaso valor- y su capital humano -que queda liberado de las obligaciones anteriores.* Por otra parte, resulta oportuno precisar que el argumento de la intransmisibilidad practica de la participacion ya no se puede invocar ahora en relacion con la sociedad limitada. La razon es muy sencilla: el legislador ha admitido en la nueva ley la legitimidad de clausulas prohibitivas de la transmision (art. 30.2)<sup>941</sup>.

---

determinacion del precio de las clausulas estatutarias restrictivas de la transmision *intervivos* de acciones", en *Estudios en homenaje a M. Broseta Pont*, Valencia, 1995, II, p.2002, etc.

<sup>940</sup>FDEZ DEL POZO/HERRERO, El precio en las clausulas restrictivas, p.35.

<sup>941</sup>Es cierto que, en estos casos, tiene que reconocerse a favor del socio un derecho de separacion, y que este podria quedar vaciado de sentido por una clausula cuya aplicacion condujese a fijar la cuota de liquidacion

El segundo argumento , fundado en la prohibicion de pactos leoninos que proclama el articulo 1691 CC, tampoco tiene mayor solidez. Es cierto que el ordenamiento no admite clausulas que privan al socio de una parte sustancial de los rendimientos sociales, y es logico que no las admita porque tales estipulaciones resultarian usurarias y, consiguientemente contrarias a la moral<sup>942</sup>. La inmoralidad no radica sin embargo, en el hecho de que los derechos del socio a los rendimientos economicos se definan de una manera estrecha, sino en el hecho de que se definan de una manera diferente para unos y otros socio dando lugar a una discriminacion injustificada. Lo que el ordenamiento quiere impedir mediante la prohibicion de pactos leoninos es que un socio se lleve "la parte del leon" y otro recoja simplemente las migajas. En modo alguno pretende censurar las clausulas de reparto que afecten a *todos* los socios, como ocurre en las que aqui examinamos<sup>943</sup>. Resulta improcedente por tanto invocar el art. 1691 CC para desautorizar la valoracion de las participacions basadas en el criterio del valor nominal o del valor en los libros, o en cualquier otro diferente al valor real<sup>944</sup>. Por lo demas, si hubiese que estimar que las clausulas que se alejen del valor real son clausulas realmente leoninas, habria que entender que resultan inadmisibles en todos los tipos sociales y, por consiguiente, tambien dentro de las sociedades personalistas, lo cual no ha sido seriamente afirmado por nadie y choca ademas con la tradicion asentada en este campo. La doctrina y jurisprudencia vienen considerando en efecto, que el contrato de sociedad

---

en un importe ridiculo. Los limites que bajo esta perspectiva se imponen a la autonomia privada no exigen sin embargo, estar al valor real, sino simplemente -como veremos con mas detenimiento- asegurar que el derecho a la libre denunciabilidad de las relaciones duraderas no se ve sustancialmente menoscabado.

<sup>942</sup>Vid. PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp. 1443-1448.

<sup>943</sup>Vid. PAZ-ARES, *Naturaleza*, p.13. En la doctrina comparada vid. ULMER, *Gesellschaft burgerlichen Rechts*, 2 ed., Munchen, 1986, p.419.

<sup>944</sup>Vid., no obstante FDEZ DEL POZO/HERRERO, *El precio en las clausulas restrictivas*, pp. 40-41.

puede regular el calculo de la cuota de liquidacion derogando las reglas dispositivas basadas en el criterio del valor real<sup>945</sup>.

No está de más señalar en fin que la posicion beligerante frente a las clausulas de valoracion y el exito que ha tenido se explica, en ultima instancia, no por razones juridicas, sino porque en la doctrina se ha extendido la conviccion de que con ellas se infringe aquel precepto capital de la justicia que exige dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). El argumento no suele hacerse explicito en el debate, pero de hecho es el que dota de fuerza persuasiva a los planteamientos tradicionales<sup>946</sup>. Siendo ello asi, la mejor manera para contrarrestar su fuerza sera demostrando que la justicia, exige muy especialmente en las sociedades profesionales, que la liquidacion del socio saliente se haga precisamente por el valor nominal o, en su caso, el valor teorico contable de la participacion. Se trata de una demostracion que no ofrece ninguna dificultad. Si tenemos en cuenta que el socio de una sociedad profesional aporta un pequeno capital y su trabajo podemos convenir que lo justo es que cuando se vaya solo se lleve -ademas de los beneficios que ya ha percibido y de los que estan pendientes de liquidar- el capital aportado y la fuerza de trabajo, que podra aplicar libremente a otras industrias. Pues el que pretende llevarse algo mas -por ejmeplo el valor del *goodwill* que la sociedad ya tenia cuando el llego y que, con toda probabilidad se disiparia en caso de liquidacion total- es el que atenta contra el precepto de la justicia: pide mas de lo que es "suyo".

---

<sup>945</sup>Vid. GIRON, *Derecho de sociedades*, I, pp.597 y 649; PAZ-ARES, *Comentario*, II, p.1502; L.SUAREZ LLANOS, "Sobre la separacion del socio en las sociedades de personas", en *Estudios en homenaje a R.Uria*, Madrid, 1978, p.805. En la doctrina extranjera la tonica es la misma. Vid. por todos ULMER, *Gesellschaft*, pp. 417 ss; G.FERRI, *Delle Societa*, 3ª ed., Roma-Bologna, 1981, p.350, etc.

<sup>946</sup>Vid. PAZ-ARES, *Naturaleza*, pp. 11-13.

b) Pero volviendo a la argumentacion estrictamente positiva, hemos de reconocer que el hecho de que la naturaleza imperativa de la regla del valor real no pueda fundarse en los argumentos de nuestra doctrina tradicional<sup>947</sup>, no quiere decir que no puedan fundarse *aliunde*. Resulta oportuno por ello "escuchar" que dicen al respecto los principios de orden publico del derecho privado que pueden ser relevantes en la materia. Y desde esta perspectiva, si prescindiremos del principio de interdiccion de los pactos leoninos, al que ya se ha hecho alusion, la atencion ha de detenerse en el principio de libre denunciabilidad de las relaciones duraderas (v. *infra* aa), en el principio de integridad de la posicion de heredero (v. *infra* bb) y en el principio de responsabilidad universal del deudor (v. *infra* cc).

aa) En su momento, ya nos hemos referido al *principio de libre denunciabilidad de las relaciones duraderas* o de temporalidad de las relaciones obligatorias y a su vigencia dentro de las sociedades de capitales que prevean a cargo de sus socios prestaciones accesorias de caracter personal. En tales casos -deciamos antes y repetimos ahora- el ordenamiento ha de reconocer un derecho de separacion. Ahora bien, cabria pensar que de dicho principio -que, en definitiva aspira a crear un contexto dentro del cual quede garantizada la posibilidad de desvinculacion, pues otra cosa podria hipotecar la libertad personal del socio- no solo exige que se ofrezca al socio la posibilidad de separarse voluntariamente de la sociedad, sino tambien que el ejercicio de ese derecho no se haga especialmente gravoso para el. Y aqui es donde pueden surgir dudas respecto de la validez de las clausulas de determinacion del valor de la cuota de liquidacion que se aleje

---

<sup>947</sup>Los cuales -dicho sea de paso- no han tenido exito en el derecho comparado, donde prevalece la opinion que considera la regla del valor real como una regla meramente dispositiva (v. por ejemplo K.SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1991, p.887; G.SANTINI, *La societa a responsabilita limitata*, 3 ed., Roma-Bologna 1984, p.118, etc.

sustancialmente del valor real. La razón es evidente: si lo que el socio puede obtener en concepto de liquidación es una cantidad ridícula en relación a las inversiones que realizó, de hecho se le está forzando a abstenerse de ejercitar su derecho. Por tanto el criterio decisivo para discernir la validez de la cláusula viene dado por la razonabilidad o irrazonabilidad de la limitación impuesta por la cláusula de cálculo<sup>948</sup>. No es fácil trazar la línea divisoria entre la restricción razonable y la restricción irrazonable. En la doctrina alemana, que es la que más se ha ocupado de esta materia, suele estimarse, a la vista de presupuestos normativos similares a los nuestros, que el umbral a partir del cual pueden comenzar a ser inadmisibles tales cláusulas viene dado por la mitad del valor real<sup>949</sup>. Sin embargo se hace una excepción a esa regla en el caso de sociedades profesionales en los que el socio obtiene su participación a cambio de una aportación de capital que es mucho menor de la parte del valor de la empresa que le corresponde. En tales supuestos -se afirma-, la legitimidad de la cláusula de liquidación queda asegurada si la sociedad garantiza al socio la devolución de su aportación de capital<sup>950</sup>.

bb) En ocasiones se sostiene que mientras cabe alejarse del criterio del valor real en los casos en los que el destinatario del valor real sea el propio socio, no cabe hacerlo cuando el destinatario sea el heredero. El argumento que se apela se funda en *el derecho del heredero a obtener el íntegro contenido patrimonial de la participación social de su causante*, y con esa base se

---

<sup>948</sup>Vid. por todos ULMER, *Gesellschaftsrecht*, pp. 420-421. En nuestra doctrina apuntan en la misma dirección GIRON, *Derecho de Sociedades*, I, p.597; PAZ-ARES, *Comentario*, II, p.1503, y *Naturaleza*, pp. 36-38.

<sup>949</sup>Vid., F.HECKELMANN, *Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen*, München 1973, pp. 104 ss.

<sup>950</sup>Vid. HECKELMANN, *Abfindungsklauseln*, pp. 113-114; más matizadamente ULMER, *Gesellschaftsrecht*, p.422.



reputan invalidas las clausulas que impidan obtener el valor real<sup>951</sup>. Consideramos no obstante, que este planteamiento no puede compartirse en absoluto, pues arranca de una premisa enganosa. Es cierto que el heredero tiene derecho a obtener el valor patrimonial de la participacion de su causante, pero no lo es menos que no puede obtener mas valor del que pudiera obtener su propio causante. Y aqui esta la clave. El socio es libre de configurar su participacion en la sociedad, y si ha aceptado una clausula de valoracion basada por ejemplo en el valor nominal o en el valor teorico contable, ha hecho uso de esa libertad de configuracion. Sus herederos por consiguiente, habran de pasar por lo que haya querido el causante. Bien puede decirse por ello que los herederos tienen, efectivamente, el derecho a obtener el valor integro de la participacion, pero no de una participacion abstractamente pensada, sino de la participacion *de su causante*<sup>952</sup>. Bajo esta perspectiva es obvio, pues, que por ejemplo las clausulas de valor nominal o de valor teorico-contable no son merecedoras de reparo alguno.

cc) Finalmente, es menester indagar si las clausulas que examinamos pueden contrariar el principio -tambien de orden publico- de la *responsabilidad universal del deudor*, que el ordenamiento proclama en favor de los acreedores. La cuestion se plantea en los casos de exclusion del socio por embargo. En tales hipotesis, y en virtud del principio de subrogacion real, es evidente que el objeto del embargo se sustituye: en lugar de la participacion entra la cuota de liquidacion. Dado que en estos casos dicha cuota de liquidacion esta destinada a la satisfaccion de los acreedores del socio embargado, puede plantearse el problema de si hurtando la

---

<sup>951</sup>Vid. con caracter general DE LA CAMARA, *Estudios*, II, p.579, nt.116; CAPILLA, *Com.Edersa*, pp. 656-657, etc.

<sup>952</sup>Vid., en este sentido GIRON, *Derecho de sociedades*, pp.649-650; PAZ-ARES, *Comentario*, II, pp.1502-1503, y *Naturaleza*, pp. 27 ss; vid. tambien STS 7-IV-1989.

determinacion de su importe al criterio del valor real se esta conculcando la proteccion de los acreedores. A un sector muy minoritario de la doctrina asi le parece y por ello estima que la regla del valor real no puede ser soslayada ni alterada sin el concurso de los acreedores<sup>953</sup>. Se trata sin embargo de un punto de vista que, a pesar del atractivo que a primera vista presenta, no puede compartirse sin reservas. Su error esta en no diferenciar las clausulas *generales* (que contemplan todos los supuestos de salida del socio) y las clausulas *particulares* (que contemplan solo el caso de exclusion por embargo). Es manifiesto que el ordenamiento debe vedar las clausulas particulares en las que se dispone, especificamente para el caso de embargo de la cuota por parte de los acreedores, que la liquidacion se practicara de un determinado modo, que se aparta del establecido para los demas casos de disolucion parcial. Las clausulas particulares son clausulas en fraude de acreedores. Pero cuando -como sucede en nuestro caso- el criterio de la cuota de liquidacion se establece con caracter general para todas las hipotesis de salida del socio, las cosas han de ser juzgadas de otro modo. En este caso, estamos ante una clausula general que lo que hace es definir, con caracter general, los derechos del socio. El acreedor del socio, por tanto, ha de pasar por lo que se haya pactado en el contrato de sociedad. El acreedor del socio -dicho de otro modo- no puede pretender mas derechos de los que, de acuerdo con la configuracion contractual, le competan al socio. Sucede aqui algo parecido a lo que ocurriria con el heredero: el causehabiente -sea el tercero acreedor o el heredero- nunca puede reclamar mas derechos de los que le corresponden al causante. De todo lo cual se desprende que las clausulas de determinacion de la cuota de liquidacion que no instauren el criterio del valor

---

<sup>953</sup>V. por ejemplo FERRI, *Delle societa*, p.350, texto y nt.2.

real no infringen -como sostiene la doctrina predominante- que el principio de la responsabilidad consagrado por el artículo 1911 CC<sup>954</sup>.

Hasta el momento hemos podido comprobar que el carácter imperativo de la regla del valor real no se desprende de los principios generales de nuestro derecho privado. Bajo esta óptica las cláusulas de liquidación por el valor nominal, por el valor contable o cualesquiera otras que permitan liquidar por debajo del valor real no pueden ponerse en entredicho. Lo que ahora hemos de verificar es si esa misma conclusión puede alcanzarse a la vista de los preceptos de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que específicamente se ocupan de la materia. Buena parte de los tratadistas que se han ocupado de la cuestión hasta la fecha continúan considerando - a decir verdad, más por la inercia de la doctrina anterior que a causa de la nueva reflexión- que la regla del valor real constituye una regla de *ius cogens* en la Ley de 1995<sup>955</sup>. Sin embargo, un examen minimamente atento de la nueva disciplina enseguida nos revela que esa postura apriorística carece de fundamento positivo<sup>956</sup>. Nuestra tesis es que a pesar de algunos equívocos a que pueden dar lugar ciertos datos aisladamente considerados, la interpretación sistemática de toda la disciplina avala la naturaleza dispositiva de la regla del valor real. La argumentación que nos conduce a esta conclusión se articula en tres niveles. Parte de los principios básicos que se derivan de la configuración de los derechos de socios (v. *infra* aa);

---

<sup>954</sup>Vid. por todos ULMER, *Gesellschaftsrecht*, p.421 e *ibi* más referencias. En nuestra literatura la tesis ha sido defendida recientemente con gran riqueza de argumentos por M.TRONCOSO REIGADA, *El embargo de acciones*, Manuscrito UAM 1995, pp. 79 ss.

<sup>955</sup>Vid. por ejemplo M.GÓMEZ MENDOZA, "Regimen estatutario de la transmisión de las participaciones sociales", RdS, n.extr. 1994, p.187; U.NIETO CAROL, "Regimen jurídico de las participaciones. La Transmisión", en AAVV, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1994, p.827; C.GALAN LOPEZ, "Transmisión forzosa y transmisión mortis causa de las participaciones sociales", RdS, n.extr.1994, pp.247-249, etc.

<sup>956</sup>Así lo ha puesto de relieve la doctrina que se ha ocupado de la cuestión de manera más reflexiva o monográfica: v. PAZ-ARES, *Naturaleza*, pp. 23 ss; ALFARO, "La exclusión", *Tratando*, pp. 922.

seguidamente, comprueba la naturaleza dispositiva de algunas reglas (v. *infra* bb) y finalmente cierra el círculo mostrando la necesidad de interpretar los preceptos oscuros a la vista de los claros (v. *infra* cc). El principio que debe gobernar la interpretación es el de la continuidad valorativa o, si se prefiere, el de evitación de contradicciones de valoración. La ley no puede regular de manera diferenciada la valoración de la participación en unos casos respecto de otros si no existe una razón que lo justifique. La constitución garantiza la "interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" entre los que se encuentra el legislativo (arts. 9 y 14 CE).

aa) El punto de partida de nuestra argumentación puede afirmarse en una afirmación muy simple: *el contenido de la posición de socio es la que determina el contrato de sociedad y, por tanto, los derechos del socio no pueden ser distintos de los que configure el contrato*. Lo ha expresado magníficamente la Subdirección General de los Registros y el Notariado en un paso que recoge la RDGRN 6-VI-1990:

"Aun cuando [la participación..] sea considerada jurídicamente como un bien, no puede desconocerse su peculiar naturaleza jurídica en cuanto que no representa una realidad física autónoma, sino una compleja posición social cuyo contenido y características vienen definidas por la norma estatutaria rectora de la vida y funcionamiento de la sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces preestablecidos a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico".

De ello se desprende que el contenido del derecho a la cuota de liquidación en los casos de separación o exclusión viene dado por lo que hayan establecido los estatutos, siempre y cuando estos no se hayan salido de "los cauces legales preestablecidos". El problema por tanto, está en determinar si los estatutos pueden configurar libremente los derechos

patrimoniales del socio -es decir, si pueden alterar el principio de proporcionalidad- o si, por el contrario, esta materia se encuentra sustraída a la autonomía privada (como en buena medida ocurre en la sociedad anónima a la vista del art. 48 LSA). Pues de ser exacta la primera alternativa, habría que concluir que la regla del valor real es también dispositiva, puesto que al fin y al cabo no es más que la traducción en sede de valoración de las participaciones de la regla de la proporcionalidad en la distribución de los derechos.

La respuesta a nuestro juicio es muy clara. Es cierto que inicialmente el legislador se había inclinado por configurar imperativamente la regla de proporcionalidad. Sin embargo durante el trámite parlamentario de la Ley aceptaría una enmienda en virtud de la cual la regla de la proporcionalidad, en materia de los más importantes derechos individuales del socio, se haría dispositiva (v. arts. 53.4, 85 y 119 LSRL). Hoy, a la vista del texto que finalmente prevaleció, es indiscutible que la Ley permite configurar estatutariamente el contenido de los derechos patrimoniales. Así, por ejemplo, el artículo 119 LSRL dispone: "salvo disposición contraria en los estatutos, la cuota de liquidación correspondiente a cada socio será proporcional a su participación". Algo similar dice el artículo 85 en relación a los dividendos. Siendo ello así no debe haber duda que las partes pueden configurar el derecho al dividendo y el derecho a la cuota de liquidación como mejor les acomode separándose de la regla de proporcionalidad. Y esto no puede ser irrelevante para nuestra discusión, pues obviamente las cláusulas de valoración de las participaciones en caso de liquidación parcial por exclusión o separación no son nada diferentes de las cláusulas sobre distribución de ganancias y cuota de liquidación<sup>957</sup>. En un sistema en el que no quepa alterar

---

<sup>957</sup> V. en este punto, las penetrantes observaciones de W. FLUME, *Die Personengesellschaft*, p.172.

el principio de proporcionalidad a la hora de regular el derecho al dividendo o al cuota de liquidacion, puede resultar congruente una regla imperativa del valor real. En nuestra opinion, las clausulas de determinacion de la cuota de liquidacion en atencion al valor contable en los casos de separacion o exclusion quedan amparadas por la autorizacion estatutaria establecida en el art. 119 LSRL.

bb) El siguiente paso de nuestro argumento lo proporciona la regulacion del derecho de adquisicion preferente en la hipotesis de que el socio que pretende transmitir no obtenga la autorizacion de la sociedad. En este caso la Ley dispone la obligacion de la sociedad o sus socios de adquirir las participaciones y determina que el precio de adquisicion sera el comunicado por el socio transmitente o, en caso de que la transmision proyectada fuera a titulo gratuito o a titulo oneroso distinto de la compraventa, el valor real (v. art. 29.2 d) LSRL). La Ley, es cierto, se inclina una vez mas por el criterio del valor real. Lo importante, sin embargo, es que en esta ocasion la propia Ley indica *expressis verbis* que la regla del valor real solamente resulta aplicable "a falta de regulacion estatutaria" (art. 29.2 LSRL *ab initio*), lo cual confirma nuestra hipotesis sobre la dispositividad de la regla. Y no se diga que la regla del valor real es dispositiva en los casos de transmisiones *intervivos*, pero imperativa en los demas, porque ello seria inadmisibile. El tratamiento de la valoracion de las participaciones ha de ser el mismo en el caso de separacion y exclusion del socio que en los casos de rescate o de ejercicio de un derecho de suscripcion preferente, pues en todos ellos se sustancia el mismo fenomeno material: *la salida del socio de la sociedad y la necesidad de abonarle el valor de su participacion*. Dada la identidad funcional y material de las cuatro hipotesis de salida de socios en relacion al tema de la valoracion de la participacion, la diferenciacion de su

regimen juridico no solo contradiria las exigencias de la razon practica, sino tambien las de la razon juridica. La idea misma de derecho y de justicia pugna con el tratamiento desigual de lo que valorativamente es igual y, desde el punto de vista positivo, un ordenamiento que tratase esta cuestion de manera diferenciada *dentro de un mismo tipo social* seria acreedor de un reproche de arbitrariedad, que incluso podria llegar a ser -segun se ha insinuado ya- inconstitucional por lesion del principio de igualdad<sup>958</sup>.

cc) Es cierto, sin embargo, que la Ley presenta algunos puntos oscuros, probablemente porque su articulado no quedo debidamente coordinado y armonizado a raiz de la aceptacion de la enmienda que habria de declarar dispositiva la regla de la proporcionalidad en la distribucion de los derechos del dividendo y de la cuota de liquidacion. Nos referimos a los arts. 32.2 y 100.1 LSRL, en los cuales no se contiene una declaracion expresa de dispositividad, aunque tampoco contienen un pronunciamiento de lo contrario. En nuestro caso nos interesa primordialmente el ultimo de los preceptos citados, a tenor del cual "a falta de acuerdo sobre el valor real de las participaciones sociales o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir en su valoracion, las participaciones seran valoradas por el auditor de cuentas de la sociedad y, si esta no estuviera obligada a verificacion contable, por el que nombre el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones que hayan de ser valoradas". El precepto, como decimos no hace salvedad de una posible regulacion estatutaria en sentido distinto (la referencia a la "falta de acuerdo" del inciso inicial no se refiere al momento *ex ante* en que se define la norma estatutaria, sino al momento *ex*

---

<sup>958</sup>Resultan instructivas al respecto las reflexiones de CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2 ed., Berlin 1983, pp. 207-208.

*post* en que surge el problema de valoración). Pero de ello -repetimos- no se extrae la conclusión de que la regla del valor real sea imperativa. La decisión habrá de tomarse en relación con el conjunto normativo del que forma parte y, desde ese punto de vista, no queda más remedio que reconocerle carácter dispositivo. Otra cosa sería gravemente incongruente con las decisiones adoptadas en los ya mencionados arts. 85, 119 y 29.2 LSRL. Quienes se inclinan por una interpretación de la norma en clave imperativa se dejan arrastrar por la inercia de una tradición injustificada y por el hecho de que el precepto no contenga la típica cláusula "salvo disposición contraria en los estatutos". El argumento, sin embargo, carece de peso. El silencio de la norma acerca de la posibilidad de una regulación estatutaria alternativa no puede interpretarse como un "silencio elocuente". Una conclusión de esa naturaleza solo podría predicarse respecto de una Ley que proclamase -como lo hace la *Aktiengesetz* alemana en su § 23 V- que "los estatutos no pueden apartarse de lo dispuesto en esta ley, *salvo autorización expresa*". No siendo este el caso -en nuestra Ley de limitadas no rige el principio de *Satzungstrenghe* que consagra el §23 V, sino el principio contrario de libertad contractual que consagra el art. 12.2 LSRL y enfatiza la Exposición de Motivos-, ha de prevalecer la tesis dispositiva. Es cierto que la libertad contractual se halla limitada por los "principios configuradores del tipo", pero no lo es menos que la regla del valor real carece de valor configurador. Si hubiese un "principio configurador del tipo" en este campo, este sería el principio de libre definición de los derechos patrimoniales (arts. 85 y 119 LSRL)<sup>959</sup>.

De esta larga digresión sobre la naturaleza del valor real en el derecho vigente se desprende que el carácter dispositivo de la regla del valor real no

---

<sup>959</sup>Por todas las razones sistemáticas vistas, un razonamiento similar habría que hacer en relación con el art.32.2 LSRL, que tampoco consigna expresamente la dispositividad de la regla del valor real en sede de



entra en contradiccion flagrante con los principios de nuestro sistema societario, como con demasiada frecuencia se piensa, sino que se halla en perfecta consonancia con ella. La constatacion de esta afirmacion resulta especialmente relevante a nuestros efectos porque como ya hemos señalado sólo el reconocimiento del caracter dispositivo de la regla del valor asegura la viabilidad de las sociedades profesionales.



## CONCLUSIONES.

1. Una de las señas de identidad más acusadas que presenta en nuestros días la práctica del sector profesional, es la creciente difusión escala y complejidad de las organizaciones colectivas utilizadas por los profesionales. Fruto de esta realidad es una *tendencia creciente a la "societarización" del ejercicio profesional*.

2. Entre la rica y variada fenomenología que presenta la praxis del asociacionismo profesional pueden distinguirse dos grandes tipos organizativos. Los que sirven al ejercicio colectivo de la profesión o *sociedades profesionales stricto sensu*, y las organizaciones que permiten a los profesionales individuales coordinar determinados aspectos de su actividad, o *sociedades entre profesionales*.

3. Las *sociedades entre profesionales* se caracterizan por constituirse como instrumentos organizativos cuya finalidad consiste en facilitar el ejercicio individual de la profesión de sus miembros. El ejercicio profesional se realiza en todas ellas a título individual, esto es, los resultados de la actividad profesional se imputan directamente a los profesionales actuantes. Lo que distingue unas de otras es la finalidad práctica o causa objetiva de su constitución. Así, las llamadas *sociedades de medios* se constituyen con el objetivo de compartir gastos; las *sociedades de comunicación recíproca de resultados* se crean para compartir el riesgo de la actividad repartiendo ganancias y pérdidas; las *sociedades de intermediación* para intermediar en la actividad profesional; los *equipos profesionales*, para prestar un servicio que

requiere la presencia simultánea de profesionales de distintas ramas y, por fin, las *cuentas en participación* para permitir a un sujeto interesarse en los resultados de la actividad de un profesional.

4. Junto a estos tipos empíricos se sitúa, la *sociedad profesional stricto sensu*. Se trata de sociedades externas dotadas de personalidad jurídica, cuyo objeto social es la prestación de servicios profesionales en el mercado através de sus socios, y en la que los derechos y obligaciones que se derivan de su actividad se imputan directamente a la sociedad. En realidad es ésta la verdadera sociedad profesional y la única que en rigor se halla necesitada de regulación. El resto pueden ser gobernadas convenientemente con las reglas generales de nuestro derecho de sociedades.

5. *La legitimidad de la sociedad profesional en sentido estricto no es una cuestión pacífica*. Las reservas doctrinales respecto al ejercicio societario de las profesiones liberales se han reflejado en un parco y dudoso reconocimiento legislativo. Así, aún cuando nuestro legislador contempla en el artículo 1.678 CC la posibilidad de constituir sociedades "para el ejercicio de una profesión", cuando se trata de las que hemos dado en llamar profesiones liberales, su admisibilidad ha venido siendo tradicionalmente puesta en entredicho.

6. *Los argumentos sustantivos que se han urdido y esgrimido contra la admisibilidad de estas sociedades se centran fundamentalmente en la alegación de que la personificación jurídica de la sociedad es incompatible con el régimen estatutario del profesional liberal*. En este sentido se afirma que no se pueden salvaguardar los valores que están detrás del ejercicio de las

profesiones liberales (personalidad en la prestación, necesidad de titulación y colegiación profesional, independencia en el ejercicio, responsabilidad personal del profesional etc.), si se permite que los sujetos de imputación sean personas jurídicas.

7. La fuerza de todos estos argumentos es más aparente que real. *Ninguno de los rasgos sobre lo que se sustentan las relaciones con un profesional individual desaparecen por el hecho de que la actividad sea imputada a una sociedad.* En efecto, ni la prestación de servicios por parte de la sociedad implica excluir la prestación personal de los mismos por un profesional, ni la falta de titulación de la sociedad atenta a la exigencia de que la actividad profesional haya de ser prestada en todo caso por personas habilitadas para el ejercicio de la profesión, ni existe tampoco ninguna incompatibilidad del ejercicio societario con el principio de libre determinación del profesional que presta el servicio. La sociedad si bien puede decidir los encargos que acepta y el modo de coordinar y distribuir su ejecución entre los socios, no puede en ningún caso imponer al socio las modalidades técnicas que debe observar en la realización del encargo que le encomienda. Tal imposición alteraría la calidad de la aportación y tal alteración no entra dentro de los poderes de la sociedad. La responsabilidad de la sociedad no excluye tampoco la responsabilidad personal del profesional actuante.

8. En ocasiones *la legitimidad de las sociedades profesionales también ha sido puesta en entredicho por el fin lucrativo de estas sociedades*, que se considera opuesto al espíritu desinteresado que tradicionalmente se ha atribuido al ejercicio de la profesión liberal. Como puede imaginarse la

objeción apuntada no puede sostenerse. Actualmente no ofrece duda alguna la consideración del ánimo de lucro como elemento característico de la profesión liberal. Nada debe impedir que si el profesional gana legítimamente dinero con su profesión lo pueda hacer también legítimamente a través de una sociedad.

9. La superación de los distintos argumentos aducidos contra la legitimidad de las sociedades profesionales permiten afirmar con seguridad, la perfecta *coherencia de las mismas tanto con los principios básicos del ordenamiento societario como del ordenamiento profesional*. Aunque pese a todo estas sociedades no gocen todavía de un reconocimiento general en nuestro Derecho, su legitimidad se deduce positivamente, además de por el art. 1678 CC, por las decisiones legislativas adoptadas por el legislador en la época más reciente.

10. Despejadas las dudas sobre la legitimidad de las sociedades profesionales, la cuestión que surge de inmediato es si la regulación legal de cada uno de los tipos sociales plantea dificultades insalvables para acoger a la sociedad profesional. En términos generales puede afirmarse que *no hay objeciones insuperables en la regulación legal de ninguno de los tipos legales generales que impidan admitir su utilización por la sociedad profesional*, sobre todo si se adopta con las tendencias mejor elaboradas en este ámbito, una *comprensión contractual del derecho de sociedades*.

11. Es evidente, no obstante, que *las estructuras más idóneas para el ejercicio en común de una actividad profesional se encuentran, prima facie en las sociedades de personas* precisamente porque, en su diseño legal están

concebidas primordialmente como sociedades de trabajo lo que caracteriza típicamente a la sociedad profesional.

12. Ello *no quiere decir sin embargo, que las formas de capital, especialmente el tipo de la anónima, sea una forma organizativa incompatible con los servicios profesionales.* Presenta ciertamente mayores problemas de compatibilización, pero ninguno de los argumentos aducidos contra su admisibilidad es definitivo. En efecto, aún cuando los principios que inspiran su régimen se encuentran muy alejados de los que, por principio, deberían informar el régimen legal de una sociedad profesional, es el propio legislador quien se encarga de aclarar cualquier duda en torno a la lícita personalización de la misma (a través del recurso a las prestaciones accesorias, cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones, posibilidad de que las acciones no lleguen nunca a emitirse o que se refieran nominativamente a socios conocidos, importancia de la autonomía de la voluntad en torno a la disciplina de los órganos sociales, etc). Todas estas posibilidades confirman la polivalencia funcional del tipo de la anónima que permite acoger sin violencia a sociedades que, como las profesionales, se caracterizan por su estructura personalizada.

13. Esta posibilidad goza por lo demás del *refrendo generalizado del derecho comparado*, cuya evolución más reciente se halla presidida precisamente por la tendencia hacia la admisión de las sociedades de capital profesionales.

14. Permitir a los profesionales la utilización de una estructura societaria para el ejercicio conjunto de su actividad no sólo está en

conformidad con nuestro Derecho de sociedades, sino que permite además obtener *importantes ventajas en términos de eficiencia económica*. Ventajas que se aprovechan no sólo por los profesionales que deciden constituir las, sino también por los clientes que contratan con las mismas, lo que sin duda aumenta la legitimidad social de la sociedad profesional y su utilidad para aumentar el bienestar de la comunidad en su conjunto.

15. Gracias a la utilización de una sociedad profesional los profesionales obtienen una serie de ventajas que los colocan en una mejor posición competitiva frente a quienes actúan de modo individual, ventajas que calificamos como *economías de producción* y que pueden sintetizarse en tres ventajas fundamentales: las derivadas de la especialización o división de trabajo, las economías de escala y las economías de producción conjunta. A estas ventajas -predicables en general de la mayoría de estructuras organizativas utilizables por los profesionales- debe añadirse como ventaja específica de la sociedad profesional *stricto sensu* el hecho de que su constitución permite a los profesionales *adquirir las ventajas de la diversificación*. En efecto, las sociedades profesionales constituyen el medio idóneo para facilitar la diversificación del capital humano de los profesionales a través de la especialización de sus miembros, alejando a su vez a éstos de los riesgos inherentes a su capital humano al que en otro caso se verían sometidos.

16. Para los clientes, la principal ventaja de tratar con una sociedad profesional en vez de con un profesional individual, es que la contratación con la primera *disminuye los costes de agencia* derivados de las asimetrías de información características de este tipo de relaciones. A ello contribuye



fundamentalmente el papel que el control recíproco entre los socios (*monitoring*) juega en estas sociedades. En efecto, la calidad de un servicio profesional únicamente puede evaluarse en sus justos términos con la ayuda de algún experto en el servicio requerido, lo que de solicitarse por un cliente desinformado que contrata con un profesional individual provocaría indudablemente un aumento enorme del coste total del servicio. En el caso de contratar con una sociedad profesional, el coste de búsqueda del experto se traslada a los miembros de la propia sociedad, los cuales se encuentran en la posición de experto aludida, capaces de calibrar y juzgar la calidad de los servicios prestados por el resto de profesionales miembros. El hecho de que los socios tengan derecho a las ganancias residuales de la empresa crea en cada uno de ellos los incentivos adecuados para controlar de forma efectiva al resto de miembros del equipo, y por ende asegurar la calidad de los servicios prestados.

17. El estudio sobre las sociedades profesionales no termina ciertamente con la afirmación de la plena legitimidad de esta clase de sociedades, con el reconocimiento de la posibilidad de acogerse a cualquiera de las formas societarias disponibles en el ordenamiento, y con la constatación de las ventajas que en términos de eficiencia económica presentan estas sociedades. Es necesario andar un paso más. La dedicación al ejercicio profesional introduce una cualificación de alto relieve en el tipo societario seleccionado y esta circunstancia exige *especializar la normativa general que corresponda en cada caso, al objeto de adecuarla a las normas y principios deontológicos propios de la profesión.*

18. Dado que las sociedades profesionales se constituyen para el ejercicio en común de una profesión, parece obvio que la *prestación de actividad de sus miembros constituye habitualmente su aportación principal*, y ello aún cuando la instrumentalización de tal actividad se articule a través del mecanismo de las prestaciones accesorias como sucede en las sociedades de capital.

19. Si se quiere salvaguardar el carácter "profesional" de la sociedad, no puede ignorarse ni siquiera matizarse el principio de libre determinación del profesional que presta el servicio. Garantizando que el profesional ejerce su actividad con arreglo a las normas y principios deontológicos propios de la profesión, el resto de problemas relativos al cumplimiento de su obligación profesional en la sociedad se diluyen en problemas generales del Derecho de sociedades. Si el socio cumple, el problema es el de la valoración de su actividad y, en consecuencia, determinar la participación que le corresponda en los beneficios sociales. Si el socio incumple o cumple defectuosamente, los problemas se remiten a la activación del sistema de responsabilidad que corresponda y, en su caso, a su eventual exclusión o a los mecanismos contractuales puestos a disposición de los demás para reaccionar frente a dicho incumplimiento.

20. Con relación al primer aspecto lo primero que debe constatarse es la *dificultad de medición de la actividad profesional*. En efecto, la contribución de cada profesional a los resultados de la sociedad no es directamente visible o comprobable porque la simple observación de la actividad de un profesional no da muchas pistas en cuanto a su verdadero rendimiento. Hay pues que

recurrir a medios o formas indirectas de medición para determinar que participación le corresponde en los beneficios de la sociedad.

21. La arbitrariedad a la que conduce la aplicación del criterio legal supletorio que establece el legislador para valorar y remunerar las aportaciones de industria (art. 1.689 CC y art. 140 C de c), provoca que esta materia venga regulada habitualmente a través de previsiones estatutarias por las partes. Tres son los criterios más extendidos en la práctica de las sociedades profesionales: remunerar por igual la prestación de actividad de sus socios; basar la remuneración en la antigüedad y experiencia de los profesionales; establecerla en función de la productividad individual de cada profesional determinada a través de apreciaciones más o menos objetivas.

22. La libre elección del sistema de valoración y reparto -o la combinación de los mismos- que resulte oportuno promover, está sujeta no obstante, a ciertas limitaciones. A los efectos que nos interesan la mas grave sin duda es la *prohibición legal de que pueda confiarse al arbitrio de una parte -y por tanto también al arbitrio de la mayoría- el reparto de pérdidas y ganancias sociales* (art. 1690 II CC). Esta pohibición sobre no estar muy justificada en la generalidad de los casos, resulta especialmente perturbadora en las sociedades profesionales, en las que la práctica usual muestra como una parte del beneficio suele ser reservado para ser distribuido por la asamblea de socios de conformidad con la calidad y cantidad de esfuerzo aportado por cada socio. La realidad societaria profesional no se corresponde pues, con la regla de derecho establecida por el legislador.

23. *El artículo 66 LSRL puede no obstante paliar esta situación.* En efecto, dicho precepto puede considerarse como una derogación societaria expresa a esa prohibición *in genere*. En consonancia con el mismo puede afirmarse que si la Junta general puede fijar para cada ejercicio la retribución de los administradores, también podrá determinar la de las prestaciones accesorias. Pues bien, si del precepto puede deducirse sin dificultad la posibilidad de que en las sociedades de capital, la remuneración de la actividad de los socios -articulada necesariamente a través de las prestaciones accesorias-, venga confiada a la Junta general, no se ve por qué habría de impedirse tal facultad cuando la aportación de actividad venga realizada a título principal, como sucede en sociedades de personas.

24. Los problemas de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la actividad profesional conducen, como no podía ser de otro modo, a la exigencia de responsabilidad. Este constituye sin duda el aspecto más debatido y conflictivo de las sociedades profesionales. La raíz del problema estriba en la *necesidad de preservar frente al cliente el principio de responsabilidad personal del profesional actuante* que constituye una exigencia deontológica universalmente sentida y proclamada en el sector profesional.

25. Tradicionalmente se han encontrado razones para justificar la responsabilidad personal del profesional en consideraciones de orden público. A nuestro juicio, *la exigencia de una responsabilidad personal constituye la contrapartida necesaria a la independencia técnica propia del ejercicio de su actividad.*

26. El problema surge en encontrar en nuestro ordenamiento privado el anclaje positivo que permita imputar una responsabilidad directa al profesional actuante y en articular jurídicamente esa responsabilidad personal con el régimen de responsabilidad societario. Las construcciones jurídicas propuestas para su coordinación han sido múltiples.

27. La doctrina tradicional encuentra la solución en el derecho de sociedades, estimando que la necesidad de salvaguardar la responsabilidad personal del profesional, pasa únicamente por admitir las sociedades de personas en las que los socios responden personal e ilimitadamente de las deudas de la sociedad. Esta responsabilidad personal societaria cumpliría las funciones de la responsabilidad personal del profesional.

28. A nuestro juicio esta teoría no puede aceptarse. La responsabilidad personal del profesional actuante tiene un fundamento y régimen jurídico propio y distinto -basado en el carácter independiente de su actuación- de la eventual responsabilidad que, por las deudas de la sociedad profesional corresponda a los socios. El fracaso de la teoría apuntada se encuentra precisamente en la no distinción de ambas responsabilidades.

29. El resto de construcciones jurídicas propuestas, se esfuerzan por encontrar un fundamento ajeno al derecho de sociedades, válido cualquiera que sea la forma social que adopten los profesionales. En este sentido, parte de la doctrina justifica la existencia de una responsabilidad directa sobre la base de la llamada "teoría del doble contrato"; otros encuentran su fundamento jurídico por la aplicación analógica de las reglas que regulan la sustitución en el mandato.

30. A nuestro juicio, tal responsabilidad puede fundarse positivamente en la *aplicacion analógica del artículo 11.2 de la ley de auditoría* que establece una responsabilidad directa del auditor actuante y de la sociedad. La *ratio* de esta norma que impone la responsabilidad directa del auditor se encuentra en el principio antes aludido que afirma la responsabilidad profesional como contrapartida necesaria a la independencia técnica propia del ejercicio de la actividad, lo que la convierte en una norma positiva especialmente idónea para ser aplicada analógicamente a todas las sociedades de servicios profesionales.

31. La calificación más correcta de la responsabilidad personal del profesional actuante pasa por afirmar su carácter *contractual*. La situación de "contacto social" entre el profesional actuante y el cliente, actuaría como fundamento de la existencia de una relación directa entre ambos.

32. La responsabilidad de la sociedad profesional como persona jurídica no ofrece problema alguno. La sociedad profesional, como cualquier otra sociedad, responde con todo su patrimonio por las deudas sociales tengan o no su origen en la prestación de actividades profesionales (art. 1911 CC). La responsabilidad de los socios por esas mismas deudas sociales se dilucidará de acuerdo con la normativa societaria que corresponda a cada tipo.

33. Admitida la concurrencia de la responsabilidad societaria y personal, es preciso arbitrar entre ellas un mecanismo de coordinación. Y aquí hay que dilucidar dos aspectos: uno relativo a la *prioridad* de la responsabilidad, y otro relativo a su *extensión*.



34. En relación a la primera cuestión, la construcción más adecuada a nuestro juicio, pasa por afirmar la *responsabilidad directa tanto de la sociedad como del profesional* de manera que el cliente pueda dirigirse contra quien desee e incluso conjuntamente contra ambos. El diferente fundamento y el distinto título de imputación de ambas responsabilidades avalan esta consideración que por lo demás ha quedado consagrada en la mayoría de disposiciones legislativas que se han ocupado de la materia.

35. Desde el punto de vista de la *extensión de la responsabilidad*, no ha habido especial discusión. En el Derecho comparado, la totalidad de las regulaciones que se han ocupado del tema establecen legalmente un *vínculo solidario entre la sociedad y el profesional actuante*.

36. La responsabilidad de los restantes socios profesionales, no actuantes, se regirá con arreglo a las normas societarias.

37. El incumplimiento de la actividad profesional puede asimismo provocar la exclusión del socio incumplidor. Para que dicho incumplimiento pueda ser calificado como justo motivo de exclusión no es necesario que el incumplimiento sea culpable. Esta afirmación es consecuencia de la superación de la tesis fuertemente arraigada en nuestra doctrina que concebía la exclusión como un mecanismo sancionatorio. Actualmente el fundamento de la exclusión se ubica en la consecución del fin común. Desde este punto de vista lo importante es que el incumplimiento, sea o no culposos, ponga en peligro la realización del fin común.

38. Esta fundamentación permite afirmar igualmente que aquellas circunstancias o visicitudes personales que, aun no representando estrictos incumplimientos, permitan presumir la imposibilidad de cumplir la prestación de actividad en que se resume la obligación de los profesionales de promover el fin común -circunstancias personales tales como la incapacitación, inhabilitación profesional, etc-, puedan considerarse asimismo como justos motivos de exclusión.

39. El problema en ambos casos reside en la posibilidad de que opere la exclusión en ausencia de previsión legal o estatutaria. Hoy es todavía opinión mayoritaria la que entiende que la falta de una previsión de exclusión por justos motivos imposibilita la activación de este mecanismo de defensa de la sociedad. A nuestro juicio la justificación de la exclusión desde la consecución del fin común, lleva a postular la existencia de una *norma inmanente no escrita, en virtud de la cual la sociedad puede excluir al profesional cuando concurra justa causa para ello* -incumplimiento o visicitud personal- aún cuando los estatutos guarden silencio al respecto.

40. Esta misma fundamentación sirve para reclamar en las sociedades profesionales un *tratamiento de la exclusión con carácter general, cualquiera que sea el tipo social escogido para el ejercicio colectivo de la profesión*. La razón puede comprenderse sin dificultad. Como venimos diciendo en estas sociedades los socios no son inversores pasivos, sino colaboradores activos. Consecuentemente el comportamiento o las circunstancias personales de los socios tienen una gran incidencia sobre los demás, influyendo asimismo muy directamente sobre la consecución del fin común.



41. La prestación de la actividad profesional por los socios exige asimismo una consideración especial por lo que respecta al *derecho de separación* de los profesionales en las sociedades de capital. Como es sabido el fundamento del derecho de separación se encuentra en el principio de temporalidad de las relaciones obligatorias que rige en nuestro ordenamiento como principio de orden público. El hecho de que en ocasiones el derecho de separación falte en las sociedades de capital no implica sin embargo, un atentado contra este principio, dado que la permanencia de los socios en estas sociedades no constituye una "hipoteca insostenible" de la vida del socio. Varias son las razones que avalan esta consideración: la posibilidad de transmitir sus acciones o participaciones, el hecho de que los socios no estén sujetos a responsabilidad ilimitada, y el que normalmente no pese sobre ellos ninguna obligación personal que menoscabe su libertad.

42. La cuestión adquiere un matiz distinto cuando son profesionales quienes se acogen a estos tipos sociales. La particularidad viene fundamentalmente por la existencia de prestaciones accesorias muy gravosas vinculadas a la condición de socio. Nos referimos obviamente a la obligación de los profesionales de prestar su actividad profesional, que según refleja la práctica contractual más generalizada viene realizándose además en régimen de exclusiva. Como fácilmente puede comprenderse la presencia de estas circunstancias hace ineludible, por encima de la previsión del legislador societario, *el reconocimiento de un derecho de separación ad nutum que permita al profesional liberarse del vínculo personal, en sociedades constituidas por tiempo indefinido*. De lo contrario se vulneraría aquel principio de orden público que el ordenamiento quiere preservar y que en

última instancia tiene su raíz en el principio de dignidad de la persona humana (art. 10 CE).

43. La importancia de la prestación de actividad, o más exactamente la importancia de las circunstancias personales que concurren en los socios y que cualifican su actividad profesional (experiencia profesional, reputación, capacidad de atracción de clientela, etc), hacen presumir en estas sociedades un *principio general de intransmisibilidad de la condición de socio*. Esta presunción no ofrece problema alguno de compatibilidad ni con las sociedades de personas ni con las sociedades limitadas. La posible colisión con el principio general de libre transmisibilidad característico de las sociedades anónimas puede soslayarse sin dificultad a través de cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones que pongan el acento en las condiciones personales y profesionales de la persona a la que se pretenda transmitir la condición de socio.

44. Aun cuando la concepción tradicional del ejercicio en común, pero liberal, de una profesión encuentra su expresión perfecta en aquellas sociedades donde la actividad profesional es realizada por los socios profesionales -bien a través de su aportación de industria, bien a través de prestaciones accesorias-, la praxis societaria muestra con mucha frecuencia situaciones donde la actividad profesional viene articulada a través de mecanismos no societarios: nos referimos a la contratación de los servicios profesionales mediante contratos de trabajo con profesionales empleados, o mediante arrendamiento de servicios con profesionales "asociados".

45. Referencia especial merece la *articulación de un sistema promocional de "asociados" a socios en los casos de sociedades profesionales de capital*. Dos son los problemas esenciales que plantean estas sociedades. De un lado, la inderogabilidad *en vía estatutaria* del derecho de suscripción preferente de los socios (arg. *ex arts.* 159 LSA y 75 LSRL), y de otro la *imposición del valor real* como regla de cálculo del precio de las nuevas acciones o participaciones emitidas (arts. 159 c) LSA y 76 c) LSRL). Ambos dificultan notablemente, el normal funcionamiento de un sistema promocional, poniendo en entredicho la estabilidad y la propia posibilidad de supervivencia de las sociedades profesionales de capital.

46. La cuestión debe centrarse en determinar cómo salvar ambos obstáculos. El primero de ellos ofrece sin duda menos problemas. Siempre que el interés social así lo aconseje -como es el caso que nos ocupa- el legislador permite a la Junta suprimir parcial o totalmente el derecho de suscripción de los socios. Respecto al segundo problema, la única solución positiva que se nos ocurre es una interpretación del valor real, como el valor máximo que, razonablemente, pueda obtenerse en el mercado por las acciones (o participaciones) sin poner en peligro la operación. En definitiva, que el juicio sobre el tipo de emisión se conecte a las valoraciones que justifican la operación desde el punto de vista del interés social.

47. No obstante lo anterior, la importancia que la planificación de un sistema de este tipo presenta en sociedades profesionales aconseja a nuestro juicio una previsión especial para estas sociedades que asegure el normal funcionamiento de un sistema de promoción profesional. Las dos proposiciones que de *legeferenda* nos parecen más aconsejables son: de un

lado, la admisión de una *supresión del derecho de suscripción preferente, por vía estatutaria, en los casos en que el aumento de capital sirva de cauce para la promoción de profesionales en la sociedad*. Y de otro, sancionar la *plena libertad de la sociedad para determinar el valor de la emisión de las nuevas participaciones, siempre y cuando naturalmente ese valor no fuese inferior al nominal*.

48. La segunda previsión servin'a para zanjar definitivamente el *problema doctrinal suscitado en torno a la naturaleza del criterio legal del valor real*. La opinión todavía dominante entiende que se trata de un criterio imperativo de orden público que no puede quedar al arbitrio de la autonomía privada. Un estudio pormenorizado del mismo conduce, sin embargo, a *afinnar con seguridad su carácter dispositivo*.

49. La cuestión adquiere una trascendencia especial en sociedades profesionales sobre todo por lo que respecta a la cuota de liquidación del socio separado o excluido, cuota que frecuentemente ha de establecerse por un valor inferior al valor real. En efecto, si se tiene en cuenta que el valor de estas sociedades se debe de modo fundamental al trabajo personal de los profesionales, parece razonable afirmar que cuando un socio deja de aportar su actividad a la sociedad, no hay ninguna razón para atribuirle como liquidación una cantidad de dinero que refleje la parte proporcional del valor actual de la empresa social ya que el mismo depende en'ticamente de la actividad personal de los socios en activo. El carácter dispositivo del criterio del valor real asegura en estos casos la viabilidad de las sociedades profesionales, que en otro caso se vería seriamente amenazada.

## Bibliografía

- AAVV. - *Le società di professionisti*, Milano, 1973.
- *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974.
  - *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, STORRER/ DALCQ/ BOURSEAU/ WATELET/ DIERKENS/ FLAME/ FAGNART/ VAN DER MEERSCH, Bruselas, 1.975.
  - *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, [ALONSO UREBA/CHICO ORTIZ/LUCAS FERNANDEZ (coord.)], Madrid, 1.987.
  - *L'exercice en société des professions libérales.*, [DE VALKENEER,R./DELAN,P., (dirs.)], Bruselas, 1.989.
  - *La sociedades de capital conforme a la nueva legislación. Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, por GARRIDO DE PALMA /SANCHEZ GONZALEZ/ ARANGUREN URRIZA/ MARTINEZ FERNANDEZ/GARZEABAL DEL RIO, 3ªed., Madrid, 1.990.
  - *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, M.FAURE/R.VAN DEN BERGH, Antwerpen, 1989.
  - *Estudios sobre la sociedad anónima*, [GARRIDO DE PALMA/SANCHEZ GONZALEZ], Madrid, 1.991.
  - *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1991.
  - *Regulation of Professions*, [FAURE,M/ FINSINGER,J/ SIEGERS,J/ VAN DEN BERGH,R (eds.)] Antwerpen, 1993.
  - *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993.
  - *Responsabilidad del personal sanitario*, (dirs. A JORGE BARREIRO y D.GARCIA GILLEN), Madrid, 1.994.
  - *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, [MEILICKE,W/GRAF VONWESTPHALEN,F./HOFFMAN,J./LENZ,T.(Bearbeitet)] München, 1.995.
  - *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, GARRIDO DE PALMA (dir.) Madrid, 1996.
  - *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada II*, [ALONSO UREBA (coord.gral), RODRIGUEZ ARTIGAS/ GARCIA VILLAVERDE (dirs:)], Madrid, 1.996.

ABMEIER,K."Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht", *NJW*, 1.986, pp. 2987 ss.

- AKERLOF, G.A., "The market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism", en *Q.J.Econ.*, vol.84, 1.970, pp.488 ss, trad.esp. "El mercado de limones: incertidumbre en la calidad y el mecanismo de mercado", *ICE*, 1.987, vol.36, pp. 37 ss.
- ALARCON, M.R., "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, 1.986, n.28, pp. 495-544.
- ALBALADEJO, M. *Derecho Civil*, II-1, 8ª ed., Barcelona 1.989.  
-*Derecho Civil*, II-2, 8ª ed., Barcelona, 1.989
- ALBIEZ K.J./ M.C.JAIMEZ /S.OILARTE, *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, Granada, 1.992.
- ALBIEZ DOHRMANN, "Agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales", en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr.Jose Luis Lacruz Berdejo*, I, Madrid, 1.992, pp. 11-37.
- ALBIOL,I. "En torno a la polémica ajenidad-dependencia", *Cuadernos de Derecho de trabajo*, 1.985, pp. 1 ss.
- ALCALA, Mª A. "Acción individual de responsabilidad frente a los administradores", en *RDS*, 1.993,I, pp.169-175.
- ALCHIAN & H.DEMSETZ, "Production, information costs and economic organization", *Am.Econ.Rev.*, 1979, vol. 62, pp.777-795, traducido al español en el libro, de L. PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid,1.994, pp.141-170.
- ALFARO, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1.991  
-"Competencia desleal por infracción de normas", *RDM*, 1.991, pp.667-730.  
-"La función de los usos en el Código de Comercio (Notas para una reinterpretación del art.2 C de c)", *RDM*, 1.992, julio septiembre, pp. 419 ss.  
-"Recensión a C. Gual Dalmau, Las cuentas en participación, Madrid 1994/5," *RDM* 1993, I, pp. 1160-1164.

-*Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1.995.

- *Memento Derecho de Sociedades*, 1995-1996, Madrid 1995

-Voz "Integración contractual", *Enciclopedia jurídica Básica*, III, pp. 3636-3642.

-"La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado", *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp.155-186.

-"Los costes de transacción", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menendez*, I, 1.996 pp. 131 ss

ALMANSA, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, vol.II, Madrid 1.991.

ALONSO, F.J., "La sociedad de responsabilidad limitada ¿corporación personalizable?, en *RdS*, 1.996, n.7, pp. 31 ss.

ALONSO, M./CASAS, M<sup>º</sup>E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.995.

ALONSO, M<sup>º</sup>T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997.

ALONSO, R., *El seguro de la culpa*, Madrid, 1.977.

ALPA, G., "Società di ingegneria e contratto di engineering. In margine ad una pronuncia di merito", como nota a la sentencia de 19 de marzo de 1.979, *Giur.it.*, 1.979, I, c.439 ss.

-"Nuovi contrasti giuriprudenziali in materia di engineering": "I contatti di engineering", *Giur. comm.*, 1984, II, pp. 65-74.

AMADIO, G., "L'esercizio associato della professione intellettuale tra presente e futuro: le prospettive di una riforma", en *Riv.dir.civ.*, 1990, II, pp. 663-680.

ARANGUREN URRIZA, "Prestaciones accesorias", en GARRIDO DE PALMA (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pp. 583 ss.

ARNOLD, M.T., "Incorporation of professionals in Ohio: past, present and future" en *Akron Law Review*, vol.15, 1981, pp.200 ss.

- ARNOLD, M., "Die Tragweite des 8 Abs.2 Part GG vor dem Hintergrund der Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts", en *BB*, 1.996, pp. 597 ss.
- ARNOLD, M.T., "Professional corporations in Oklahoma" en *Tulsa Law Journal*, vol.17, 1981, pp.9 ss.
- ARROW, J.K., "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care", *Am.Econ.Rev.*, 1963, vol. 53, pp. 941 ss, traducido por A. CARBAJO/E.CALVET, "La incertidumbre y el análisis del bienestar de las prestaciones médicas", en *ICE*, 1.981, n.574, pp. 47 ss.
- ARRUÑADA, B., *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid, 1.990.  
-*Análisis económico del Notariado*, Madrid, 1995.  
-*Economía de la empresa: un enfoque contractual*, Barcelona, 1.990.
- ASCARELLI, T., *Lezioni di Diritto Commerciale*, Milano, 1955.  
-*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*, (trad. de la 3ª.ed., por E.VERDERA/L.SUAREZ LLANOS), Barcelona, 1.970.  
-“Cooperativa e società”, *Riv.soc.*, 1.957, pp.397-438.
- ASPELUND, D.J/ERIKSEN, C., *Employee Noncompetition Law*, New York, 1.993.
- ASQUINI, A., "Il dolo dei dipendenti dell'assicurato nella assicurazione responsabilità civile", *Assicurazioni*, 1.959, I, pp. 253-265.
- ASSANT, G., "Les avocats aux Etats-Unis", *J.C.P.*, 1.990, 3434.
- ATAZ LOPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1.985.
- AUBY, J.M., "Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels", *J.C.P.*, 1.973, 2545.
- AUSSEDT, J., "Les corps notarial et les sociétés civiles professionnelles: réflexions sur les fusions", *Rev.Soc.*, 1.976, pp.283-292.
- AUSTIN, A., "Power of attorney: the rise of the giant law firms", *Harvard journal of law & public policy*, 1987, vol.11, pp. 540 ss.



AZURCA/OSCOZ, "Problemas de la sociedad civil", *ADC*, 1.952, p. 175.

BACKER,P.G./JENSEN,M.C./MURPHY, K.J. "Compensation and Incentives: Practice vs.Theory", *Journal of Finance*, 1.988, vol.43, n.3, pp. 593-616.

BADIA SALILLAS,A., "En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español", *RCDI*, 1986,pp.317-332.

BAENA DEL ALCAZAR, M., "La nueva regulación de los Colegios Profesionales. La reestructuración por la vía de la libre competencia", en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 11 ss.

BAILEY & FRIEDLANDER, "Market Structure and Multiproduct Industries", *J.Econ.Literature*, 1.982, vol. 20, pp.1.024 ss.

BANACLOCHE PEREZ,J., *La tributación de las profesiones liberales*, Madrid, 1.980.  
-*El impuesto sobre el valor añadido y los profesionales*, Madrid, 1.985

BARBA DE VEGA, J., *Las Prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1.984.

BARCELO DOMENECH, J., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1.995.

BARDOUL,J., "Apport en clientèle et en industrie", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.27 ss.  
-"Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", *Rev.Soc.*, 1.973 pp. 413-434.

BARREIRO, A.J, "Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico", en *Responsabilidad del personal sanitario*, (dirs. A JORGE BARREIRO y D.GARCIA GILLEN), Madrid, 1.994, pp.361 ss.

BARTHELEMY, J., "Contrat de travail et activité libérale", *J.C.P.* 1.990, 3450.

BARZEL, Y., "Measurement Cost and the Organization of Markets", *J.L.& Econ.*, 1.982, vol.25, pp. 27 ss.

- BASILE/SANDBACH., "Practical Aspects to Implementing the Profit Center Concept of Income Distribution", *Legal Econ.*, 1.981, vol.7, pp. 37 ss.
- BATTLE, G., "Consideraciones sobre la marca de servicio", *ADI*, 1.979-1980, pp. 55-74.
- BAYLOS CORROZA., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1.978.
- BAYON, G., "El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo, ¿Comienza una evolución jurisprudencial?", *RDP*, 1.961, pp.451-467.
- BECKER, G., *El Capital Humano*, Madrid, 1.983.
- BECKER, G.S./STIGLER, G.J., "Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers", *J.Legal Stud.*, 1.974, vol.3, pp.1-18.
- BEHIN., *Les sociétés professionnelles notariales*, Paris, 1.970.
- BELLAMY,C./CHILD, G., *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, trad. E.PICANOL, Madrid, 1.992.
- BENABEMT, A., "La réglementation de l'exercice du droit", *J.C.P.*, 1.991.I,3490.
- BERAUD, R., "L'evaluation des clientèles civiles", *Annales des Loyers*, 1.980, n.5, pp. 582-607.
- BERGAMO., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.951.
- BERTERO, M., "A favore dell'interprofessionalità", en *Le società di professionisti*, Milano, 1973.
- BERTHON-GOFFIN, CH., "Sociétés civiles professionnelles de architectes", *J.C.P. Traité des sociétés*, 1.980, fasc.191-24.
- BIAMONTI, E., "Brevi considerazione sugli studi legali organizzati", *Riv.soc.* 1967, pp.1300-1305.  
-La professione forense e le società commerciale", *Riv.soc.*, 1964, pp.928-942.

- BIGIAMI, W., "Sulla qualità d'imprenditore del socio illimitatamente responsabile", *Riv.Dir.Civ.* 1958, II, pp. 296 ss.
- BISBAL I MENDEZ, J., "Breve comentario a la nueva disciplina contable de las sociedades de capital", en [ALONSO UREBA (coord.gral), RODRIGUEZ ARTIGAS/ GARCIA VILLASVERDE (dirs.)] *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, II, Madrid, 1.996, pp. 1189-1219.
- BLOCK, D.J., "Law Firm Diversification", *A.B.A.J.*, 1.989, vol.75, pp.53 ss.
- BOCCARA, B., *Los honorarios del abogado*, Madrid, 1.984
- BODIN, Y., "Les sociétés civiles professionnelles d'avoués", *Rev.soc.*, 1970, p. 381-433.  
-"Les sociétés civiles professionnelles d'avocats (commentaire du décret n°. 72-669 du 13 juillet 1.972). Comparaison avec les sociétés civiles professionnelles d'avocats d'avoués, d'agrées mise en harmonie". *Rev.soc.* 1.972, 591-656.
- BOLAFFI, B., *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1.975.
- BONELLI, F., "Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci", *Riv.soc.*, 1.979, pp. 968-1012.
- BONET RAMON, F., "La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios de los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *RDP*, 1.935, pp.393-398.
- BONGIORNO, A., "Società fra esercenti libere professioni", *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp. 237-283.
- BOTANA AGRA. M., "A propósito de las colisiones entre denominaciones sociales y nombres comerciales", *La Ley*, 1996, n.4.023, pp. 15 ss.  
-"Comentario a la sentencia TS de 4 de julio de 1995 en *La Ley*, 1996, n.4023, pp. 15 ss.

- BOWLES R./SKOGH G., "Reputation, monitoring and the organisation of the law firm", en M.FAURE/R.VAN DEN BERGH, *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen, 1989, pp. 33 ss.
- BROMBERG A.R./RIBSTEIN L.E., *Partnership*, Boston-Toronto,SF.
- BRONZINI, M., "Società e associazioni irregolari di fatto fra professionisti", *Dir.fall.*, 1.989, I, p. 552-560.
- BROSETA PONT, M., "La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento", *RDM*, 1.968, n.107, pp.73 ss  
-*La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, 1965.  
-*Manual de Derecho Mercantil*, 9ª.ed., Madrid 1.991 (hay 10ªed. de 1.994).
- BRUDNEY., "Corporate governance, agency costs, and the rhetoric of contract", *Col.L.Rev.*, 1.985, pp. 1.403 ss.
- BRUNETTI,G., "Associazione in partecipazione e rapporto di lavoro subordinato", *Riv. soc.*, 1.958, pp. 572-586.
- BULL., "Implicit contracts in the absence of enforcement and risk aversion", *Am.Ec.Rev.*, 1.983, vol.73, pp. 658-671.
- BUONOCORE, V., "La società di avvocati: problema e prospettive", en *Scritti in onore di S.Pugliatti*,II, Milano, 1969, pp.158 ss.  
-"Le società professionali: il dibattito al XII Congresso Nazionale Forense" *Giur. Comm.*,1974, I, pp.106-109.  
-"Primi orientamenti della giurisprudenza onoraria in tema di società professionale", *Giur.comm.*, 1976,II, p.87-103.  
-"Società professionali e società di progettazione industriale", en *Riv.not.*, 1.979,I, pp.1100-1118.  
-"Società di progettazione e società fra professionisti: una distinzione necessaria". *Giur.comm.*, 1979,II, pp. 578-590.
- BURGESS,R./MORSE,G., *Partnership. Law and Practice in England and Scotland*, London, 1.980.

BUSSOLETTI, M., *Le società di revisione*, Milano, 1985.

-Voz, "Società di professionisti", *Enc.Dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 1071-1080.

BUTTLER, H.N./RIBSTEIN, L.E., "Opting out of Fiduciary Duties: A response to the Anti-Contractarians", *Wash.L.Rev.*, 1.990, vol.65, n.1, pp.1-72.

CACHON BLANCO., "Relaciones entre signos distintivos de la empresa y denominaciones sociales", *AC*, 1992-IV, pp. 829 ss.

CADARSO PALAU, J., *Responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1.978.

-"La sociedad profesional de arquitectos", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 385-403.

CAFFARENA LAPORTA, J., *La solidaridad de deudores*, Madrid, 1.980

CALVO SANCHEZ, L., *Régimen jurídico de los Colegios Profesionales*, Madrid, 1998.

CANARIS, C.W., *Handelsrecht*, 22 ed., München, 1.995.

CAPILLA RONCERO, F., *La sociedad civil*, Bolonia, 1984.

-*La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1.984.

-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXI-1º, Madrid, 1986 (cit.*Com.Edersa*)

-*La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cadiz, 1.989.

-"Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre admisibilidad", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1.993, p. 209-259.

CARBONE, L., "La nuova previdenza dei liberi professionisti tra perduranti diversificazioni e prospettive di unificazione", *Giust. civ.*, 1.987, pp. 219-227.

CARBY/KARNI, E., "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud", *J.L.& Econ.*, 1.973, vol.16, pp.67 ss.

- CARLON, L., "Contribución al estudio del nombre comercial", en *RDM*, julio-septiembre, 1.964, pp.7 ss.
- CARLTON,D./PERLOF,J.M., *Modern Industrial Organization*, 2ºed.,1.994.
- CARR J./MATHEWSON,F., "The economics of Law Firms: a study in the legal Organization of the Firm", *J.L. & Econ.*, 1.990, vol.33, n.2, pp.307 ss.  
-"Unlimited liability as a barrier to entry", *J.Pol.Econ.*,1.988, vol.96,n.4, pp.766 ss
- CARRASCO, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (dirigidos por M.ALBALADEJO), XV-1, Madrid, 1.989.
- CASELLI, G., "Società fra professionisti e società fra capitalisti per la prestazione di servizi intellettuali", *Giur. comm.* 1980, I, pp. 332-344.
- CASPER, M, "Interprofessionnelle Sozietäten von Anwaltsnotaren", *ZIP*, 1.996, pp. 1501 ss.
- CASTAN TOBEÑAS., *Codigo Civil de Mucius Scaevola*, XXV-1, Madrid, 1931.  
-*Derecho civil Español Común y Foral. Derecho de obligaciones*, IV, 11 ed., Madrid, 1.981 (hay ed. de 1988).
- CATTANEO, G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1.958.  
-"Società di avvocati", *Riv.dir.civ.*, 1959 II, pp. 184-186.
- CAVALLO, B., *Lo status professionale*, I, Milano, 1.967.
- CERDA ALBERO, F., "Relaciones y colisiones entre signos distintivos prioritarios y denominaciones sociales. En especial signos nominales y denominaciones subjetivas. Reflexiones desde una jurisprudencia reciente", *RGD*, junio 1996, pp. 6953-7006.
- CLAVERIA GOSALBEZ, L.H., "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo", *ADC*, 1.983, pp. 1243-1261.

CLINTON, C., "Law firms and *pro bono*", en *Michigan Bar Journal*, julio 1991, vol.70,pp.904ss.

COBOS ORIHUEL., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1.990.

CONNERS, J.D., "Law firm diversification: an affront to professionalism?", en *Ohio Northern University Law Review*, 1990, vol.17, pp.303-321

CORROZA., *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978.

COSTI, R., *Il nome della società*, Padova, 1.964.

COZIAN M./VIANDIER A., *Droit commercial*, I, 12ª ed., Paris, 1.986.

CRAIGH HANNAH, R., "Professional corporations: shareholder liability and the saving clause", en *Arkansas Law Review*, 1989, vol.42, pp.777 ss.

CRANCEYOUR, J. P., *Comunidad europea y libre circulación de profesionales liberales*. Bruselas, 1982.

CRISTOBAL MONTES, A., *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito*, Barcelona, 1985.  
-*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1987.

CURRAN, CH. "The American experience with self-regulation in the medical and legal professions", [FAURE,M/ FINSINGER,J/SIEGERS,J/VAN DEN BERGH,R (eds.)], *Regulation of Professions*, Antwerpen, 1993, pp. 47-89.

CHANIOT-WALINE, M., *La transmission des clientèles civiles*, Paris, 1.994.

CHAPPUIS, J., *Les sociétés civiles professionnelles notariales*, Lyon, 1970.

CHARDENON,P/DE MOURZITCH,J., "Sociétés civiles de moyens constituées entre membres de professions libérales", en *J.C.P.*, 1.971,I,2406.  
-Les sociétés civiles professionnelles d'avocats (Application du decret n. 7-669 du 13 juillet 1.972), *J.C.P.*, 1.972, 2499.

- CHEMINADE, Y., "La société civile de moyens", *JCP*, 1971, I, 2405.
- CHERSI, G., "La società di professionisti", *Riv.Dir.Not.*, 1.986, pp.1095-1110.
- CHEUNG, S.N.S., "Transaction cost, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements", *J.L. & Econ.*, 1.967, vol.12, pp. 23 ss.
- CHIREZ, A., "La qualité de non salarié de l'avocat collaborateur", *Droit Social*, 1.978, n.5., pp.142-151.
- CHRISTENSEN, D.G./BERTSCHI, S.F., "LLC Statutes: use by attorneys", en *Georgia Law Review*, 1.995, vol.29, n.3, pp. 693 ss.
- D'AMBROSIO., "Società di engineering e società tra professionisti", *Giur.comm.*, 1.979, pp.578 ss.
- DAIGRE,J.J., "Les sociétés d'exercice libéral", *Bull.Joly.*, 1.991, pp. 83 ss.
- DAIGRE J.J/LEPELTIER,D., *Société d'exercice libéral*, Paris, 1.994.
- DAMIEN, A.: "Commentaire de la loi portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Loi n°. 90-1259 du 31 décembre 1.990 modifiant la loi n°.71-1130 du 31 décembre 1.971", *Gaz.Pal.*, 1.991, enero-febrero.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Comentario del Código Civil*, [PAZ-ARES,C./DIEZ PICAZO,L./BERCOVITZ,A./SALVADOR,P. (Dirs.)], Madrid, 1991, (cit.Comentario) artículo, 1.903.  
-*Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, 1.993.
- DE ANGELO., "Auditor Size and Audit quality", *J.Acct. & Econ.*, 1981, p. 183 ss.
- DE ANGULO, L., "Los despachos colectivos de abogados y las normas colegiales", en *el Ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 313-357.
- DE BARBARA LLAURADO, R, "Delimitación del "objeto" en las sociedades profesionales", en *H.P.E.*, 1972, n.15, pp. 89-96.



- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1.972.
- DE FERRA, G.: "Società di professionisti e società professionali", *Giur. comm.* 1980, I pp. 324-332.
- DE LA CAMARA, M., *Estudios de derecho mercantil*, I, 2ª ed., Madrid, 1.977.
- DE LA VALGOMA, Mª., "Comentario a la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de derechos humanos*, 1.983, pp.649-656.
- DE LA VILLA, L.E., "Apuntes sobre el concepto jurídico de trabajador" , *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, 1.972, n.4, pp.1-88.
- DE MARINIS, S., "L'evoluzione giurisprudenziale in tema di società di professionisti": *Giur.Comm.*, 1985 II, pp. 737-750.  
-Ancora in tema di legittimazione delle società di professionisti alla luce dei più recenti orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione", *Riv.dir.comm.*, 1.989, I,p.62.
- DE MOURZITCH, J., "Les sociétés civiles professionnelles de médecins", *J.C.P.*, 1977, ref.2866.
- DE NOVA, G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1.974.
- DECKER, K.H., *Covenants not to compete*, vol.I, New York, 1.993.
- DEL POZO, L., *El nuevo registro mercantil: sujeto y función mercantil registral. Crítica general sobre su ámbito institucional*. Madrid 1990.
- DEL SAZ, S., *Los Colegios Profesionales*, Madrid, 1.996.
- DELGADO GONZALEZ, A.F., *Las sociedades profesionales*, Madrid,1.996.
- DENECKER, J., "La deuxième directive du conseil des communautés européennes relative a la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital", *Rev. Soc.*, 1.977, pp. 661-679.

- DENNIS, J.H., "Fiduciary Duties and RUPA: an Inquiry Into Freedom of Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, pp. 29-55.
- DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1.973.
- DI CERBO, F., *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Milano, 1.988.
- DI FRANCIA, A.: "Considerazioni in tema di società di professionisti, società di progettazione industriale e società di mezzi", *Dir.fall.*, 1.984, pp.337-357.
- DI FUSARO, A., "Legge 23 novembre 1.939, n.1815. Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza", *Nuova giur.civ.comm.*, 1.985, II, pp.88-97.
- DI MAJO, A., *Commentario del Codice Civile Scialoja/Branca*, Libro IV: Obbligazioni (art. 1177-1200). Adempimento in generale. Roma-Bologna, 1.994.
- DI MARCANTONIO, A.: "Note sul concetto di categoria professionale", *Riv.dir.lav.*, 1.955, pp. 52-65.
- DI MARIO, R., "Associazioni e società tra professionisti intellettuali", en *Gius.civ.*, 1.993, pp. 713 ss.
- DI SABATO, F., *Capitale e responsabilità interna nella società di persone*, Milano, 1967.  
-"La nozione di "capitale" nelle società di persone", em *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, II, Napoli, 1.968, pp. 449-533.
- DIAZ GOMEZ, M.A., "La individualización del empresario social a través de la denominación. Análisis de los requisitos comunes a todas las denominaciones sociales, con especial referencia al de novedad o disponibilidad", *RdS*, 1.995, n.4, pp. 99 ss.
- DIAZ ALABART, S., *Comentarios al Código civil* [dirigidos por M.AIBALADEJO], XV-1, Madrid, 1.989 (cit. Com.Edersa).

DICTAMEN Y ASESORIA, "Relaciones jurídicas entre profesionales en el seno de organizaciones conjuntas; el caso de los bufetes de abogados", *Rev.Trabajo*, 1.988, 92, pp.177 ss.

DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.

-*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1.966.

-"Los pactos leoninos en el contrato de sociedad", en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Federico De Castro*, 1976, I, pp. 569-575.

-*La representación en el Derecho Privado*, Madrid, 1.979.

-*Comentario del Código Civil*, [PAZ-ARES,C./DIEZ PICAZO,L./BERCOVITZ,A./SALVADOR,P. (Dirs.)], Madrid, 1991.(cit.Comentario), artículo 1.258.

-*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción.Teoría del contrato*, Madrid, 1.996.

DIEZ-PICAZO/GULLON, *Sistema de Derecho civil*, II,7ª ed, Madrid, 1.995.

DINGWELL P./FENN P., "A Respectable Profession? Sociological and Economic Perspectives on the Regulation of Professional Services", *Int.Rev.L.& Econ.*, 1.987, 7, pp.51 ss.

DONATH, R., "Rechtsberatungsgesellschaften", *ZHR*, 1992, pp.134-173.

DONATI, A: "L'assicurazione delle spese legali", *Riv.dir.comm.*,1.955,I, pp.201- 206.

DUQUE DOMINGUEZ,J.F., "Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de las sociedades anónimas", en *AAVV Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1991, PP. 15-109.

DURAN LOPEZ, F., "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa", en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1.985, pp. 153-205.

DURANTE, A: "Assicurazione della responsabilità imprenditoriale", *Assicurazioni*, 1.970, I, pp.462-489.

- EASTERBROOK, F.H./FISCHEL, D.R., "The Corporate Contract", *Col.L.Rev.*, 1989, vol.89, pp.1416 ss.  
-"Voting in Corporate Law", *J.L & Econ.*, 1.982, vol.26, pp.395-427.  
"Limited Liability and the Corporation", *U.Chi.L.Rev.*, vol.52, 1.985, pp. 89 ss.  
-*The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge/London, 1.991.
- ECCLES, "The Quasifirm in the Construction Industry", *J.Econ.Behav.& Organization*, 1.981, vol.2, pp. 335 ss.
- ECHEVARRIA, B., "Las relaciones asociativas y el contrato laboral", en *Documentación laboral*, 1.990, n.31, pp. 39 ss.
- EHLERMANN, C.D., "Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité", *Revue du Marché commun et de l' Européenne*, febrero, 1.993, pp. 136-144.
- EMBED, J.M, *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Murcia 1.991.
- EMBED, J.M/MARTINEZ SANZ, F., "Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital", *RdS*, 1.996, pp.11 ss.
- ENNECCERUS, L., *Derecho de obligaciones*, II-1, trad.esp. por B.PEREZ GONZALEZ/J.ALGUER, Barcelona 1966.
- ENSEN, M.C.J/MECKLING, W H., "Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", *J.Fin.Econ.*, 1.976 vol.3, pp.305 ss.
- ESMEIN, P., Les sociétés professionnelles. *Gaz.Pal.*, 1.944, I, doct. 5.  
-"Une clientèle de profession libérale est-elle un bien patrimonial?". *Gaz.Pal.*, 1.952, I, p.14.
- ESPINOSA, J.P., "La "transmission" de clientèle", *Gaz.Pal.*, 1.993, 2020.
- ESTEBAN VELASCO, G. "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y

acción por no promoción o remoción de la disolución", en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, II, pp. 1679-1719.

- "Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital", en [ALONSO UREBA/CHICO ORTIZ/LUCAS FERNANDEZ (coord.)], *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1.987, p.399.

- "Representación de la sociedad anónima", en *Enciclopedia jurídica básica*, T.IV, pp.5822-5825.

FAMA, E., "Agency problems and the theory of the firm", *J.Pol.Econ.*, 1.980, vol.88, pp. 288-307, trad. al español en L.PUTTERMAN (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1.994, pp. 245-260.

FAMA, E.F./JENSEN, M.C., "Separation of Ownership and control", *J.L.& Econ.*, 1.983, vol.26, pp. 301-326.

- "Agency problemas and residual claims", *J.L. & Econ.*, 1.983, vol.26, pp. 327-350.

- "Organizational Forms and Investment Decisions", *J.Fin.Econ.*, 1.985, vol.14, pp. 101-119.

FAGNART, J.L., "L'exercice en société de la profession d'avocat. Questions de responsabilité professionnelle", en DE VALKENEER, R./DELAN, P., (dirs.), en *L'exercice en société des professions libérales.*, Bruselas, 1.989, pp. 30-50.

FANJUL SEDEÑO, *La responsabilidad civil de los profesionales*, Madrid 1960.

FANLO LORAS, A., *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales.*, Madrid, 1.992.

FANTOZZI, A., "Il concetto di imprenditore nella determinazione fiscale del reddito d'impresa", *Giur.comm.* 1977, I, pp. 413-427.

FARINA, F., "Esercizio di professione intellettuale ed organizzazione ad impresa", en *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol.V., Napoli, 1.968, pp. 2057-2087.

- FAURE M./FINSIGER J./IEGERS J.S/VAN DEN BERGH, R. (eds.), *Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993.
- FAURE, M., "Regulation of Attorneys in Belgium", en M.FAURE *et alii* (eds.), *Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993, pp.89 ss.
- FAURE, M./VAN DEN BERGH R., *Corporations, Accidents Prevention and Compensation for Losses*, Antwerpen, 1.989.
- FENN, P. "Professional Liability and the Licensed Profession", *Inter.Rev.L.& Econ.*, 1.992, pp. 479 ss.
- FERNANDEZ COSTALES, J., "La responsabilidad civil médica", *La Ley*, T.1.986-3, pp.633-647.  
-"Las sociedades de médicos", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada 1993, pp. 357-384.
- FERNANDEZ DE LA GANDARA, L., *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza 1977.  
-*La sociedad comanditaria por acciones*, en [URIA,R/MENENDEZ,A/OLIVENCIA,M. (dirs.)], *Comentario al régimen General de las sociedades mercantiles*. XIII, Madrid,1992.  
- Voz "Cuentas en participación", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, pp.1841-1845.
- FERNANDEZ DEL MORAL, L. "La responsabilidad de la sociedad de auditoría en el ordenamiento jurídico español", en *Actualidad Financiera*, 1.993, n.32.
- FERNANDEZ HIERRO, J.M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1984.
- FERNANDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la Sanidad. El marco constitucional*, Madrid, 1.984.
- FERNANDEZ NOVOA, C., "Las notas distintivas de las cuentas en participación", en *R.D.M.*, 1.962, pp.429 ss.  
-"Reflexiones preeliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos", *RDM*, 1.965,I, pp.7-40.  
-"Las funciones de la marca", *ADI*,1978, pp. 33 ss.

-*Fundamentos de derecho de marcas*, Madrid, 1.984 .

FERRARA, F., *Gli imprenditori e le società*, 9ª ed., Milano, 1.994.

FERRATA, M., "L'abrogazione della legge relativa all'esercizio degli studi associati di assistenza e di consulenza", en *Foro it.*, 1.975,II, pp. 237-241.

FERRI, G., "La società di professionisti" *Riv.dir.comm.*, 1972, I, pp.231-241; también en *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1.974, vol.IV, pp. 3343-3358.

- "La seconda direttiva comunitaria in materia di società", *Riv.dir.comm.*, 1.977, I, pp.58-62.

- "La cooperativa come società", *Riv.Soc.*, 1.957, pp.249-262.

- *Le Società*, 3ª ed., Torino, 1.989.

FEZER, H., "Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts", *ZHR*, 1.997, pp. 52-66.

FILIPPI, P., "Problemi fiscali delle "società fra professionisti", *Giur.comm.*, 1977,I,pp.747-763.

FITZPATRICK, F., "Legal future shock: the role of large law firms by the end of the century" en *Indiana Law Journal*, 1989, vol.64, pp.461 ss.

FLECHEUX, G., "Un cabinet d'avocat, une entreprise pas comme les autres", *Gaz.Pal.*, 1.990, 2353.

FLECHEUX, G./DENINOLLE, S., "La profession d'avocat", *J.C.P.*, 1.992, 730.

FLECHEUX G./FABIANI, F., "La responsabilité civil de l'avocat", *J.C.P.*, 1.974, 2673.

FLOOD, J. "Megalaw in the U.K.: Professionalism or Corporatism?. A Preliminary Report", en *Indiana Law Journal*, 1989, vol.64, pp.569-592.

FLUME, W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I. *Die Personengesellschaften*, Berlin-Heidelberg-New York, 1.977.

FOLGUERA CRESPO, J, "Sociedades profesionales de economistas", *Economistas*, 1.986-1.987, n.23, pp.177-178.

FORNASIERO, G., *Organizzazione e intuitus nelle società*, Padova, 1.984.

FREIDSON, E., "Theory and the professions", *Indiana Law Journal*, 1.989, vol.64, pp.423-432.

FUSARO, A., "Legge 23 novembre 1.939, n.1.815. Disciplina giuridica degli studi di assistenza e di consulenza", *Nuova giur.civ.comm.*, 1.985, pp. 88-97.

GABRIELI, G., "La collaborazione familiare nell'esercizio di attività professionali", *Riv.dir.civ.*, 1.979, pp. 585-596.

GALANTER, M./PALAY, T., "Why the big get bigger: the promotion-to partner tournament and the growth of large law firms", *Virginia law review*, vol.76, 1990, pp.747-810.

-*Tournament of Lawyers. The transformation of the big law firm*, Chicago, 1.991.

GALASSO, F., *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974.

GALGANO, F., *Le società di persone*, Milano, 1.972.

-*Società in genere. Società di persone*, dentro del *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXVIII, dirigido por A.CICU/F.MESSINEO, 2ª ed., Milano, 1.982.

-*Il contratto di società. Le società di persone*, Bologna, 1.980.

-*"Contratto e responsabilità contrattuale nell'attività sanitaria"*, *Rev.trim.dir.proc.civ.*, 1.984, II, pp.710-725.

-*Diritto Commerciale. Le società: contratto di società, società di persone, società per azioni, altre società di capitali, società cooperative.*, 4ª ed., Bologna, 1.992.

GALIANA MORENO, J.M., "El fraude de ley en las relaciones de trabajo: un análisis jurisprudencial", en *Cuestiones actuales de Derecho de Trabajo, Libro Homenaje a Alonso Olea*, Madrid, 1.990, pp.460 ss.

GALLEGO, E., "Las aportaciones en la SRL", *RdS*, 1.995, n.5, pp. 79 ss.



GANSKE, J., "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenveriningung", *DB*, 1.985, pp. 1 ss.

GARCIA AMIGO, M.G., *Claúsulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1.965.

GARCIA MAS, "La sociedad civil y su conexión registral", *RCDI*, 1990, pp. 155-169.

GARCIA VICENTE/MARTIN PEREZ/VAQUERO PINTO, "La determinación de los honorarios profesionales. (En particular el arbitrio de parte), en *Derecho Privado y Constitución*, 1997, n.11, pp. 69 ss.

GARCIA VILLAVERDE, R., *La exclusión de socios. Causas Legales*, Madrid, 1.977.

- "Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad", *La Ley*, 1.987-1, pp. 134-153.

- "Créditos participativos", en *Contratos bancarios*, Madrid, 1.992, pp. 189-224.

GARCIA PEREZ, R., *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Barcelona, 1.997.

GARCIA-TUÑÓN, A.M., "Denominación y domicilio social", en AAVV, *Derecho de Sociedades Anónimas. La Fundación*, I, Madrid, 1.991, pp.209 ss.

GARRETA SUCH, J.M. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 3ª.ed., Madrid, 1.995 (hay ed., de 1997).

GARRIDO CERDA, E. "La denominación social", en *AAMN*, t.XXX. vol.I, 1.991, pp. 610 ss.

GARRIDO DE PALMA, V.M., "La Sociedad Anónima en el Derecho español", en GARRIDO DE PALMA /SANCHEZ GONZALEZ/ ARANGUREN URRIZA/MARTINEZ FERNANDEZ/GARZEABAL DEL RIO, *La sociedades de capital conforme a la nueva legislación*.

*Las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones*, 3ªed., Madrid, 1.990, pp. 37-202.

- "La sociedad de responsabilidad limitada familiar y de profesionales, en GARRIDO DE PALMA (dir.) *La sociedad de responsabilidad limitada*, I Madrid, 1996.

GARRIDO DE PALMA/SANCHEZ GONZALEZ, *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1.991.

GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, Madrid, 1.947.

- *Tratado de Derecho Mercantil*, III, 1, Madrid, 1.964

- "Teoría general de las sociedades mercantiles" RDM, 1.974, pp.181-253.

- *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed., Madrid 1976.

GARRIGUES, J./URIA, R., *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, II-1, 2ª. ed., Madrid, 1.953.

GERRHARDT N. R./KRIELE, M., "Die rechtliche Form freiberflicher Zusammenarbeit", ZRP, 1.975, pp. 1 ss.

GHIDINI, M., *L'associazione in partecipazione*, Milano, 1.962.

- *Società personali*, Padova, 1.972.

GIESEN, D., *International Medical Malpractice Law. A comparative Law study of civil liability arising from medical care*, Tübingen, 1.988.

GILSON, R.J./MNOOKIN, R.H., "Sharing among the human capitalist: an economic inquiry into the corporate law firm and how partners split profits", *Stan.L.Rev.*, 1.985, vol.37, pp.313-397.

- "Coming of Age in a Corporate Law Firm: The Economics of Associate Career Partners", *Stanford Law Review*, 1.989, vol.41, pp. 567 ss.

GIRON TENA, J., "Sociedades civiles y Sociedades Mercantiles: distinción y relaciones en Derecho Comrado", RDM, 1.946, pp.345 ss, reproducida dentro de sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.955, pp. 7 ss.

- "Sociedades civiles y mercantiles: distinción y relaciones en Derecho español" RDM, 1947, pp. 7 ss, reproducida dentro de sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1.955, pp.65 ss.

- *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1.952.

- "Los cambios de socios en las sociedades de personas", en *Estudios jurídicos enm homenaje a J.GARRIGUES*, I, Madrid, 1971, pp. 140-165.  
- *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1.976.

GIULIANI, A., "Società "professionisti", *Riv.not.*, 1964 p. 80.

GLEICHMANN, K. "Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung", *ZHR*, 1.985, 149, pp. 633-650.

GOLDSMITH, J.C., A propos du projet de loi sur les sociétés civiles professionnelles. *Recueil Dalloz*. 1.966, Chr. IX. pp. 37-40.

GOMEZ CALERO, J., *Las Agrupaciones de interés económico*, Barcelona, 1.993.

- "La regulación del nombre comercial en el Derecho español", en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1992, pp. 371 ss.

GONDRA J.M., "Hacia una renovación de los estudios de Derecho de sociedades en la doctrina española", *RDM*, 1.976, pp.349-364.

- "El nombre comercial", *RdS*, 1.997, n.8, pp. 13 ss.

GONZALEZ ORDOÑEZ, "Los criterios del Derecho español sobre distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas" *RDM*, 1956, pp.51 ss.

GONZALEZ ORTEGA, "Relación entre el Abogado y su pasante", en *Revista de Política Social*, 1.978, n.120, pp. 309-315.

GONZALEZ PORRAS, J.M., "Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil", *RDM*, 1.978, pp. 477-560.

GONZALEZ, MORAN, L., *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1.990.

GORDON, R.W. "The independence of lawyers", en *Boston University Law Review*, 1988, vol.68, pp. 7 ss.

- GRAF VON WESTPHALEN, F., en [MEILICKE,W/GRAF VON WESTPHALEN,F./HOFFMAN,J./LENZ,T.(Bearbeitet), *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*,, München, 1.995, § 8, pp. 192-242.
- GREIF, A., "Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders", en *J.Econ.Hist.*, 1.989, vol.49, pp. 857 ss.
- GRIPPANDO, J.M., "Don't take it personally-limited liability for attorney shareholders under Florida's professional service corporation Act", en *Florida state university law review*, vol.15, 1987, vol.15, pp. 279-320.
- GROSS, L.E., "Contractual Limitations on Attorney Malpractice Liability: an Economic Approach", *Kentucky Law Journal*, 1.987, vol.75, pp. 793 ss.
- GROSSMAN, "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure About Product Quality", *J.L.& Econ.*, 1.981, vol.24, pp.461 ss.
- GRÜNINGER, M., "Die deutsche Rechtsanwaltssozietät als Mitglied einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)", *DB*, 1.990, pp.1449 ss.  
-"Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung beratender Freiberufler", *BB*, 1.990, pp. 2161-2168.
- GUAL DALMAU, M.A., *Las cuentas en participación*, Barcelona, 1.993.
- GUGLIELMETTI, G., "Questioni in tema di ragioni e denominazioni sociali e loro contenuto", *Riv.Soc.*, 1.968, pp. 478 ss.
- GUILLAMOND, R., "Sociétés civiles professionnelles de médecins", *J.C.P.*, 1.978, ed.N, doct.27.
- GUILLAUD, "La responsabilité medicale dans la médecine collective privée", *Revue du Practicien*, 1.971, n.10, pp.1 ss.
- GUIRLARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XV-2, Madrid, 1.983 (cit.Com.Edersa).

GUYENOT, J., "Le groupement europeen d'interet economique, nouvelle institution europeenne ouverte aux activités des professions libérales: le reglement C.E.E. du 25 juillet 1985", *Fiscalité europeenne, Rev.*, 1986-1, pp.49-54.

GUYON, Y., "Sociétés civiles professionnelle", en *Repertoire Dalloz des sociétés*, 1994, pp.10 ss.

- "Les groupements de moyens. Rapport Général", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, p.121-134.

- "Societes civiles de commissaires aux comptes", *J.C.P. Traite des sociétés*. Fasc.191-20.

GUYON, Y./COQUEREAU, G. "Le nouveau statut des commissaires aux comptes: les sociétés civiles professionnelles (commentaire du décret n.69.810 du 12 août 1969)", en *J.C.P.*, 1.970, ed.C.I., 87348.

HANNAH, R.C., "Professional corporations: shareholder liability and the saving clause", *Arkansas law review*, 1989, vol.42, pp.777 ss

HARDIN E.J/MILLER, J.C. "A Partnership of Professional Corporations. How And Why Lawyers Should Consider One", *Georgia State Bar Journal*, 1.981, vol.18, pp.108 ss.

HARICHAUX, M., "Sur l'exclusivite des medecins exerçant dans les etablissements d'hospitalisation privee", *J.C.P.*, 1.979, 2950.

- "Societe civile professionnelle d' avocats", *J.C.P.Traite des societes*. 1.989, II, fasc.191-14.

- "Sociétés civiles professionnelles de medecins", *J.C.P.Traité de sociétés*, 1.992, fasc.191-21.

- "Societes d' exercice liberal". *J.C.P. Traite des societes*. 1.992, fasc.192-1.

HEINRICHS, H. en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, [BASSENGE/ DIEDENICHEN/ EDENHOFER/HEINRICHS/PUTZO/THOMAS (Bearbeitet)], 53<sup>a</sup> ed., München, 1.994, Vor §241.

HEMARD/TERRE/MABILAT, *Sociétés commerciales*, I, Paris, 1.972.

- HENSSLER, M., "Neue Formen anwaltlicher Zusammenarbeit", *DB*, 1.995, pp. 1.549-1.556.  
- "Der Gesetzentwurf zur Regelung der Rechtsanwalts-GmbH", en *ZIP*, 1.997, pp. 1481 ss.  
- *PartGG. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, München, 1997.
- HERNANDEZ, MORENO, A., *Comentario del Código Civil*, II, [PAZ-ARES, C./DIEZ PICAZO, L./BERCOVITZ, A./SALVADOR, P. (Dirs.)], Madrid, 1991, (cit. *Comentario*) artículo, 1717.
- HERRANZ RODRIGUEZ, G., *Comentarios al Código de Ética y Deontología médica*, Pamplona, 1.992.
- HINTRAND, J.P., "Les sociétés civiles professionnelles d'avocats", *Rev.soc.* 1971., pp. 1-18.
- HOFFMAN, J., "One step forward and two steps backward -Goodwill as a Distributable Asset of a Law Partnership", *Akron Law Review*, 1.986, vol.20, pp. 157-174.
- HOFMANN, P., "Der Grundsatz der Firmenwahrheit", *JuS*, 1.972, pp. 233 ss.  
- en [MEILICKE, W./GRAFVON WESTPHALEN, F./ HOFFMAN, J./ LENZ, T. (Bearbeitet), *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, München, 1.995, §§ 9, 10, 11, pp. 243 ss.
- HÖNN, "Akademische Grade, Amts-, Dienst- und Berufsbezeichnungen sowie titel (Namensattribute) in der Firma in firmen- und wettbewerbsrechtlicher Sicht", 153, *ZHR*, 1.989, pp. 386-422.
- HORNSTEIN, G.D., "Stockholders' Agreements in the Closely Held Corporation", *The Yale Law journal*, 1.950, vol.59, pp. 1040 ss.
- HUECK, A., *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: systematisch dargestellt*, 4ª ed., Berlin, 1.972.
- HUECK, G., *Gesellschaftsrecht*, 15 ed., München 1.970 (hay ed. de 1991.)
- HÜFFER, "Das Namensrecht des ausscheidenden Gesellschafters als Grenze zulässiger Firmenfortführung -Besprechung von BGHZ 92, 79", en *ZGR*, 1.986, pp. 137 ss.

- HULL, W.G., "I.R.C. Section 162 (a) (1) and the Professional Corporation: Compensation Versus Dividends", *Arizona Law Review*, 1.983, vol.25, pp. 411 ss.
- HYNESS, J.D. "Fiduciary Duties and RUPA: an Inquiry Into Freedom of Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, pp. 29 ss.
- IBBA, C., "Professione intellettuali e impresa. I. Concetti generali", en *Riv.dir.civ.*, 1.982,II, pp.353-402.  
-"Professione intellettuali e impresa. II. Professionista intellettuale e impresa", *Riv.dir.civ.*, 1.982-II, pp. 558-600.  
-"Professione intellettuali e impresa.III. Studio professionale e azienda", *Riv.dir.civ.*, 1.983-II, pp. 331-380.  
-"Professione intellettuali e impresa.IV.Esercizio associato della professione e società", *Riv.dir.civ.*, 1985,II, pp. 53-144.
- ILLESCAS, R., "El derecho del socio al dividendo hoy: un apunte", en *Derecho de los Negocios*, junio 1992, n.21, p.30.  
-"Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Las Cuentas Anuales de la Sociedad Anónima. T. VIII, Madrid, 1.993.
- IMMENGA,U., *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, 1.970.
- IMMENGA,U./MESTMÄCKER,E.J. *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 2ªed., München, 1.992.
- ISRAËL, S, "Une avancée du droit communautaire: Le Groupement européen d'intérêt économique (GEIE)", *Revue du Marché Commun*, 1.985, pp.647 ss.
- JACKSON, R.M./POWELL, J.L. *Professional negligence*, 2ª ed., 1.987.
- JARRASS, H.D., "Die freien Berufe zwischen Standesrecht und Kommunikationsfreiheit", *NJW*, 1.982, p.1.833-1840.
- JEATIN, M., "Comentaire de la loi n.90-1258 du 31 décembre 1.990 relative aux sociétés d'exercice libéral", *J.C.P.*, 1.991, ref.3504, pp. 165-180.

- "L'influence de la loi du 31 décembre 1.990 sur le statut des sociétés civiles professionnelles", *J.C.P.* 1.991, 3520, pp. 265-268.

JENSEN, M./MECKLING, W., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure", *J.Fin.Econ.*, 1976, vol.3, pp. 305-360, (hay versión castellana en L. PUTTERMANN (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1.986, pp. 261-285.

JENSEN/MURPHY, "Performance Pay and Top-Management Incentives", en *J.Pol.Econ.*, 1.990, vol.98, pp. 225.

JESTAZ, Ph., "La robe prétexte du collaborateur d'avocat", en *Revue Trimestrielle de Droit Social*, 1.977, p.295.

JIMENEZ HORWITZ, M., "La responsabilidad contractual en el equipo médico", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, pp. 563-569.

- *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996.

JOHNSON, V. R., "On Shared Human Capital, Promotion Tournaments, and Exponential Law Firms Growth", *Texas L.Rev.*, 1.991, vol.70, pp. 537 ss.

JORDANO FRAGA, F.: "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", *RGLJ*, 1.985, pp. 29-104.

- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1.987.

- "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *ADC*, 1.991, pp. 5-96.

- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994.

JULIEN, F.P. "Les clientèles civiles". Remarques sur l'évolution de leur patrimonialité", en *Rev.Tr.Dr.Civ.*, 1.963, pp.213-241.

JUNOD, W., "Société civile de moyens entre médecins", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.181-187.

KALISH, S.E., "Lawyer Liability and Incorporation of the Law Firm: a Compromise Model Providing Lawyer-Owners with Limited Liability



and Imposing Broad Vicarious Liability on Some Lawyer-Employees", *Arizona Law Review*, 1.987, vol.29, pp. 563 ss.

KALLEBERG, A.L./LONCOLN, J.R., "The Structure of Earnings Inequality in the United States and Japan", en *American Journal of Sociology*, 1.988, vol.94, Supplement, pp. 121-153.

KARDARAS, A., *Das Wettbewerbsverbot in den Personalgesellschaften: unter Berücksichtigung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen -GWB-*, München, 1.967.

H.KAIRAT, "*Professions*" oder "*Freie Berufe*"?, *Professionales Handeln im sozialen Kontext*, Berlin, 1.969.

KLAUSS,H./MITTELBACH, R, *Die stille Gesellschaft*, Rhein 1.980.

KLEIN,B./LEFFLER, B., "The role of market forces in assuring contractual performance", *Journal of Political Economy*, 1.981, vol.89, n.41, pp.615-641.

KLEIN, B./CRAWFORD, R.G./ALCHIAN, A.A., "Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process", *J.L. & Econ.*, 1.978, vol.21, n.2, pp. 297-326, traducido al español en L.PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 287-311.

KLEIN/COFFEE, *Business organization and Finance. Legal and Economic Principles*, 4ª.ed., N.York, 1.990.

KLEMENS, J., "The future of technology in law firms", *A.B.A.J.*, 1989, pp.82 ss.

KNICHT, F., *Riesgo, incertidumbre y beneficio*, cap.8, de L.PUTTERMAN (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, pp. 79-84.

KOCH, L., "Pro Anwalts-GmbH", *MDR*, 1.995, p.446.

KOMYATI, C.M.C., "Professional Legal Corporations: limited or unlimited liability for shareholders in Missouri after *First Bank & Trust Co. v.*

- Zagoria?, *Sant Louis University LawJournal*, vol.28, 1.984, vol.28, pp.297-310.
- KORDANA, K.A., "Law Firms and associate Careers: Tournament Theory versus the Production-Imperative Model", *The Yale L.J.*, 1.995, vol.104, pp. 1.907 ss.
- KORNHAUSER, L.A., "Reliance, Reputation, and Breach of Contract", *J.L & Econ.*, 1.983, vol.26, n.3, pp.691 ss.
- KRAMER, H., en *Münchener Kommentar zum BGB. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, II, 2ª ed., München 1985, Vor 241.
- KRASSER, R., "Zur Verfassungsrechtlichen Beurteilung standes- und wettbewerbsrechtlicher Schranken der Werbung für Sanatorien", *GRUR*, 1.980, pp.191-193.
- KREMER, A., "Frei Berufe in der Rechtsform der GmbH", *GmbH-Rundschau*, 1.983, pp.259-267.
- KREPS, C./WILLSON, R., "Reputation and imperfect information", *Journal of Economic Theory*, 1.982, vol.27, pp. 253-279.
- KRÜGER-NIELAND, G. "Anwendungsbereich und Rechtsnatur des Namensrechts", en *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin/New York, 1979, pp. 339 ss.
- LACALLE, *Profesionales en el Estado Español, situaciones, objetivos y formas de organización*, Madrid, 1.976.
- LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, II-1º, Barcelona, 1.985.  
-*Elementos de Derecho civil*, II-3º, Barcelona, 1.986.
- LACH, M., *Formen Freiberuflicher Zusammenarbeit. Derr Konflikt zwischen Gesellschaftsrecht, Standes- und Berufsrechten sowie den Notwendigkeiten gesellschaftlicher Zusammenarbeit*, München, 1.970.

- LAMBERT, F.W., "An academic visit to the modern law firm: considering a theory of promotion-driven growth", *Michigan Law Review*, mayo 1992, vol.90,núm.6, pp.1719 ss.
- LAMBOLEY, A., *La société civile professionnelle, un nouveau statut de la profession libérale*. Paris 1974.  
-"Repartition des bénéfices", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp. 33-42.
- LANGLE, "Las cuentas en participación. Prevenciones contra sus peligros", *RGLJ*, 1.945, pp. 413-421.  
-*Manual de Derecho Mercantil español*, III, Barcelona, 1.959.
- LANZA, A., "Una cooperativa fra professionisti", *Riv.soc.*, 1957, pp.709-765.  
-"Società di avvocati", *Riv. dir. civ.* 1961, I, p. 363-373.  
-"Società fra professionisti per l'esercizio impersonale dell'attività intellettuale (verso la modificazione dell'art.2232 c.c.)", *Riv.soc.*, 1971, pp.557-589.
- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1.987.  
-*Derecho civil. Parte general*, Jaen, 1978, traducción de la edición original alemana, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1975.
- LASARTE, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1.977)", *RDP*, 1.980, I, pp. 50-78.
- LAZEAR, E.P., "Why Is There Mandatory Retirement?", en *J.Pol.Econ.*, 1.979, vol.87, n.6, pp. 1261-1284.
- LE BERRE, J.M., "L'exercice en groupe et la fiscalité des professions libérales", *Revue française de finances publiques*, 1.992, vol. 37, pp. 33-40.
- LE FEVRE, A., "Le groupement européen d'intérêt économique", *JCP*, 1989, fasc.820.

- LEGA, C., *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1.974.  
-*Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, 1.976.
- LEIBOWITZ, A./TOLLISON, R., "Free riding, shirking, and team production in Legal Partnership", *Economic Inquiry*, 1.980, vol.18, p. 380-392.
- LEJEUNE, CH., "Projet en cours d'elaboration: "les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés civiles de moyens", en *L'exercice en société des professions libérales*, Bruselas, 1989, pp. 303-340.
- LELAND, H.E., "Quacks, Lemons, and Licensing: a theory of Minimum quality Standars", *J.Pol.Econ.*, 1979, vol.87,n.6, pp.1328-1345.
- LENZ, T. "Die Partnerschaft -alternative Gesellschaftsform für Freiberufler?", *MDR*, agosto, 8/1994, pp.744-755.  
  
-en [MEILICKE, W. /GRAF VONWESTPHALEN, F./HOFFMAN, J./ LENZ, T. (Bearbeitet), *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, München, 1.995, §§ 1,4,5.
- LEON ALONSO, J.R., *La categoría de la obligación "in solidum"*, Sevilla, 1.978.  
-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXI-2º, Madrid, 1986, (cit.Com.Edersa).  
-*Comentario del Código Civil*, II, [PAZ-ARES, C./DIEZ PICAZO, L./BERCOVITZ, A./SALVADOR, P. (Dirs.)], Madrid, 1991, (cit.Comentario) artículos 1709-1724.
- LEVINSON, L.H., "Independent law firms that practice law only: Society's need, the legal profession's responsibility", en *Ohio State law journal*, 1990, vol.51, pp.229 ss.
- LIBONATI, B., "La revisione volontaria: effetti", *Giur.comm.*, 1.979, pp.624-646.
- LIET-VEAUX, G., "Une pomme de discorde: les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles", *Gaz.Pal.*, 1.966, II, pp. 110 ss.

-L'avant-projet de loi relatif aux sociétés civiles professionnelles. *La Revue Administrative*. 1.965, pp. 580 ss.

LINDACHER, W.F., "Firmenbeständigkeit und Firmenwahrheit", *BB*, 1.977, pp. 1676 ss.

LO CUOCO, G. "Considerazioni sulla prestazione accessoria di lavoro subordinato nella società di capitali", *Riv.Soc.*, 1.973, pp. 1230 ss.

LOCATI, G., "Iscrizione delle società agli albi professionali", en *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp.169-171.

LOJENDIO OSBORNE, I, "Las aportaciones sociales (arts. 36-41 LSA)", en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, III, Madrid, 1993.

LOPEZ Y LOPEZ, A.M., . *Comentario del Código Civil*, II, [PAZ-ARES,C./DIEZ PICAZO,L./BERCOVITZ,A./SALVADOR,P. (Dir.)], Madrid, 1991, (cit.*Comentario*) artículo 1447.

LOPEZ SANCHEZ,M.A., "La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", en *Derecho de Sociedades Anónimas*, I, La Fundación, Madrid, 1.991, pp. 835 ss.

LOUBIER, B, *La société d'architecture: une response au besoin de modernité de l'architecte libéral*, Montpellier, 1.982.

LUCAS FERNANDEZ, F., "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales", *ADC*, 1.983, p. 1.469-1499.  
-*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XX-2º, Madrid, 1986 ,(cit.*Com.Edersa*).

LUJAN, ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Madrid, 1.994.

LUTTER, M., "Theorie der Mitgliedschaft", *AcP*, 1.980, p.84-159.

LYON-CAEN, G., *L'exercice en société des professions libérales en droit français*, Paris, 1975.

- LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1.988.
- LLEVHARI, D./WEISS, Y. "The effect of risk on the investment in human capital", *Am.Econ.Rev.*, 1.974, vol.64. pp.950-963.
- MACDONALD, D.: "Specualtions by costumer about the future of large law firms", *Indiana law journal*, 1989, vol.64, pp.593-601.
- MALCOMSON, J.M., "Work Incentives, Hierarchy, and Interanl Labor Markets", en *J.Pol.Econ.*, 1.984, vol.92, pp. 486-507.
- MANGINI, V. *Il marchio e gli altri segni distintivi*, T.V, perteneciente al *Tratatto de Diritto Commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1982.
- MANGO, E.: "Professione intelletuale e impresa", *Giur. comm.* 1977,II, pp. 113-125.
- MANGONI, G., "Appunti sulla struttura e sull'esercizio delle società di professionisti", en *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp. 288-292.
- MANRESA Y NAVARRO,J.M., *Comentarios al Código Civil Español*, VIII-1, 6º ed., revisada por MORENO MOCHOLI, Madrid, 1.967.
- MARASA,G: "La seconda direttiva C.E.E. in materia di società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 1.978, II, p. 656-680.
- MARCAIS, "La tendance á l'association et aux cabinets de groupe", *Droit social* 1962, pp.500-507.
- MARINELLI, F, "Le società di ingegneria al vaglio della Cassazione", *Giust.civ.*, I.985,II,parte prima, pp.1947-1951.
- "Società tra professionisti e associazioni in partecipazione: ovvero della differenza tra avvocati ed ingegneri", *Giust.civ.*, 1987,I, pp.2301 ss.
- "Ancora sulle società di professionisti (overo l'illiceità della causa in un negozio di società notarile)", en *Giust.civ.*, 1.986,I,pp. 705 ss.
- "L'esecizio in forma societaria dell'attività professionale tra realtà normativa e prospettive di riforma", en *Giust.civ.*, 1.986,II,p.385-402.

MARTIN VALVERDE/RODRIGUEZ-SAÑUDO, F. GARCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.996.

MARTIN SERRANO, M., *Los profesionales en la sociedad capitalista*, Madrid, 1.977 (hay ed. de 1982).

MARTINEZ CALCERRADA, L., (Dir.), *Derecho Médico. Legislación médica*, II, Madrid, 1986.

- "La responsabilidad civil médico-sanitaria", en *Cuadernos de Jurisprudencia Práctica*, n.35, Madrid, 1.992.

MARTINEZ GIRON, J., *La contratación laboral de servicios profesionales*, Santiago de Compostela, 1.988

MARTINEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1997.

MARTINEZ SANZ, F. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, 1.995

MARTY/RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, 3ªed., Paris, 1.980.

MASSAGUER, J., "La Agrupación de interés económico. Un primer comentario de los aspectos jurídicos-societarios de la Ley 12/1991, de 29 de abril", *RGD*, 1.991, p.7641-7670.

- "La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada", *RGD*, 1.994, pp.12959 ss.

MATHEWS, R.C.O., "The economics of professional ethics: should the professions be more like business?", *The Economic Journal*, julio 1991, 101, pp. 737-759.

MAYCHEC, K.M., "Shareholders liability in professional legal corporations: a survey of the states", en *University of Pittsburgh Law Review*, 1986, vol.47, pp. 817 ss.

MAZZOCA, A. *Le società di professionisti*, Milano, 1.990.

- MAZZOCA, D., "Le società tra professionisti, problema e prospettive", *Dir.fall.*, 1986, I, pp.545-558.  
-"Libertà economica, professioni intellettuali e loro controllo da parte della giurisprudenza", *Dir.fall.*, 1.989,I, pp.680-686:
- Mc CHENESNEY, F.S., "Team production, monitoring and profit sharinh in law firms: an alternative hypotesis". *J.Legal Stud.*, 1.982, vol.II, n.2, pp. 379-393.
- MEILICKE,W.,en [MEILICKE,W./GRAF VON WESTPHALEN,F./ HOFFMAN,J./ LENZ,T.(Bearbeitet), *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*,, München, 1.995, §§ 2,3,6,7.
- MELEGARI, G., "Le società tra professionisti: questione di politica legislativa, non di legittimità costituzionale", *Riv. Not* 1976, p. 961.
- MENENDEZ, MENENDEZ, A., "La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (ensayo en torno al derecho español), *Homenaje a Jose Barrera Graf*, T.II, México, 1.989, pp. 1129- 1158.
- MENENDEZ MORENO, A., *El concepto jurídico tributario del profesional*, Madrid, 1.986.
- MENGONI, L., "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", *Riv.dir.com.*, 1.954,I, pp.185-209.
- MEZQUITA DEL CACHO, "Sociedades de profesionales liberales", *ASN*, VII, 1.993, p.340-419.
- MICHALSKI, L., *Das Gesellschaft- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe*, Köln, 1.989.  
-"Zum Regierungsentwurf eines Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes", *ZIP*, 1.993, pp. 1210, ss.
- MIDDLETON, W., "Responsabilità illimitata, scelta dei soci, e ripartizione degli utili", en *Le società di professionisti*, Milano, 1973, pp. 214 ss.
- MILGROM, P./ROBERTS, J., *Economía, Organización y Gestión de Empresas*, Barcelona, 1.993.



- "An Economic Approach to Influence Activities in Organizations", *American Journal of Sociology*, vol.94, Supplemente 1.988, pp. 1154-1179.

MILITERNI, I., "Società tra professionisti", *Riv.not.* 1982, pp.1165-1184.

MINERVINI, G., "Le società di professionisti "esterne" e le necessarie modifiche delle leggi professionali", in *Le società di professionisti*, Milano, 1973, pp. 130 -133.

- "Primo commento alla legge 7 giugno 1.974,n.216. Effetti della certificazione del bilancio, *Riv. dir. civ.*, 1.975, II, p. 569-576.

MIQUEL, J.M., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, V-2º, Madrid, 1.985, (cit.*Com.Edersa*).

- "Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente", *ADC*, 1.983, pp. 1501 ss.

- Voz "Derecho real", in *Enciclopedia Jurídica Basica*, II, Madrid, 1.995, pp.2366-2369.

MIRANDA, SERRANO, L.M., *Denominación social y nombre comercial*, Madrid, 1.997.

MODIGLIANI/POGUE, "An introduction to risk and return: concepts and evidence", *Fin.Analysts Journal*, Mayo-Abril 1.974, pp.68 ss.

MOLDENHAUER, "Formula and Nonformula systems for distributing partnership net income", *Law off.econ.& Mgmt*, 1.972, 13, pp.21 ss.

MONGE GIL, A.L., *Las agrupaciones de interés económico*, Madrid, 1.993.

MONTAGNANI, C., "La verifica del "tipo sociale" e una recente vicenda iudiziaria", *Riv.dir.civ.*, 1.988, pp. 1 ss;

- "Falsa interpretazione dell'art.1322 cod.civ. e tipologia societaria: il P.M. è contrario", *Riv.dir.comm.*, 1.981,II, pp.27 ss.

MONTALENTI, P., "Società di progettazione e soc. di intermediazione progettuale: nuovi profili interpretativi", *Giur. comm.* 1983, I, pp. 485-520.

- "Società di professionisti, società di ingegneria e contratto di engineering", *Giur.comm.*, 1.986, II, pp.851-867.
- MONTEAGUDO, M, "Comentario a la Resolución DGRN de 11 de septiembre de 1990", *RGD*, 1991, n.564, pp. 7767 ss
- MONTOYA MELGAR, A., *Sobre la esencia del Derecho del Trabajo*, Murcia, 1.972.  
- *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1.996, 17ª ed.
- MONTOYA MELGAR/CAMARA BOTIA, *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*, Madrid, 1.990.
- MOORE J., "The purpose of licensing", en *J.L. & Econ.*, 1961, vol.4, 93.
- MORALES, A.M. "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa", *ADC*, 1.982, pp.591 ss.
- MORENO CARRILLO, J. "Situación actual de responsabilidad civil", en *RGD* 1.994 julio-agosto pp. 7739-7758.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, C, *Sociedades profesionales liberales*, Barcelona, 1.994.
- MORGAN, T.D., "The evolving concept os professional responsability", *Harvard law review*, 1.976-1.977, vol. 90, pp. 702-743.
- MÜLEER-GUGENBERGER, V.CH., "EWIV-Die neue europäische Gesellschaftsform", *NJW*, 1.989, pp.1449-1458.
- MÜLLER, K., "Schadenserstazpflicht verbundener Anwälte", *NJW*, 1.969, pp. 903 ss.  
- "Nochmals: Zur Haftung verbundener Anwälte", en *NJW*, 1.969, pp. 1416 ss.
- MUSATTI, A., "Impiego e clientela", comentario a la sentencia de la Corte de Casación italiana, secc. II, civ, de 22 de agosto de 1.956, n.3144, *Foro it.*, 1.957, I, pp. 827-831.

NEALON, "An inquiry into the nature of goodwill", *Col.L.Rev.*, 1.953, vol. 53, pp. 660-731.

NELSON, P., "Information and Consumer Behavior", *J.Pol.Econ.*, 1.970, vol.78,n.2, pp.311-329

NELSON, R., "Of Tournaments and transformations: explaining the growth of large law firms", *Wisconsin L.Rev.*, 1.992, pp. 733 ss.  
-Partners with power, 1.988.

NOGUEIRA GUSTAVINO, M., *La prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Madrid, 1997.

NORMAND, P.E., "Réflexions sur la place des apports en industrie dans les sociétés del capitaux d'exercice libéral", en *J.C.P., Ed. Not.*, 1.990, pp. 282-288.

O'HEARN, T.J., "Professional Corporations. Shareholders liability in Ohio:confounding attorneys and others", *Akron Law Review*, 1.983, vol.17,n.1, pp.143-154.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, (cit.OCDE): *Competition policy*, Paris 1985.

OGUS, A., "Regulation of the legal profession in England", en FAURE,M/FINSINGER,J/SIEGERS,J/VAN DEN BERGH,R., (eds.), *Regulation of profession.*, Antwerpen, 1.993, pp. 307 ss.

OLAVARRIA, J., "Las sociedades de profesionales: "intuitus personae", libertad de empresa y cambio en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", en *Ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1.993, pp. 261-272.

OLIVENCIA, M. *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1995.

OLIVIERI, G., *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Padova, 1.989.

- OPPO, G., "Note preliminari sulla commercialità dell'impresa", *Riv. dir. civ.*, 1.967, pp. 561-585.
- "Sulla partecipazione di società a società personali", *Riv.dir.civ.* 1976,I, pp. 1 ss.
  - "L'impresa come fattispecie", *Riv.dir.civ.*, 1982,I, pp.109-106.
  - "L'identificazione del tipo "società di persone"", *Riv.dir.civ.*, 1.988, pp. 619-631.
- ORDANE,R.J/P.H.RUBIN, "An Economic Analysis of the Law of False Advertising", *J.Legal Stud.*, 1.979, vol.8, pp. 527.
- OROZCO, G. "La aplicación del concepto "lex artis" al campo de la actividad profesional. El caso de la profesión médica", en *Ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1.993, pp. 511-562.
- OTT, W., *Die problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht*, Bern, 1.972.
- PALAY, T., "Diversifying Physician Risk Through Contract", *Law and Contemporary Problems*, 1.989, pp. 164 ss.
- PALAZZO, A., "La prestazione d'opera professionale a l'art.36 della istituzione", *Riv.Trim.dir.proc.civ.*, 1.973, pp. 1.642-1652.
- PANTALEON, F., "Comentario a la sentenecia del TS de 19 de junio de 1984", *CCJC*, 1.984, n.6, pp.1869-1884.
- "El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *ADC*, 1.991, pp. 1019-1091.
  - *Comentario del Código Civil*, II, [PAZ-ARES,C./DIEZPICAZO,L./BERCOVITZ,A./SALVADOR,P. (Dir.).], Madrid, 1991, (cit.*Comentario*), art. 1.902.
  - *La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación prescripción*, Madrid, 1.996.
- PARADELA GONZALEZ,L.F., *El empleo de los titulados superiores*, Madrid, 1.983.
- PARICIO SERRANO, L., "El nombre comercial del empresario individual (El problema de la homonimia)", *ADI*, 1.987-1988-,n.12, pp. 87 ss.

- PARTESOTTI, G., "La soc.semplice iscritta nel registro delle imprese", *Giur.comm.*, 1978, pp. 5-35.
- PASCUAL ESTEVILL, L., "La responsabilidad profesional", *RCDI*, 1.991, n.602, pp.43-72.
- PASS, D., "Professional Corporations and attorney-shareholders: the decline of limited liability", *The Journal of Corporation Law*, vol.11, n.1, 1.985, pp.371-390.
- PAU PEDRON, A., "La agrupación europea de interés económico: naturaleza, función y régimen", *RCDI*, 1.988, pp.1.181-1245.
- PAU PEDRON, A. (dir.), *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid, 1.992.
- PAULICK/BLAUROCK, *Handbuch der stillen Gesellschaft*, 4ªed., 1.988.
- PAZ ARES, C., *Comentario del Código Civil*, II, [PAZ-ARES,C./DIEZ PICAZO,L./BERCOVITZ,A./SALVADOR,P. (Dirs.)], Madrid, 1991, (cit.Comentario), arts. 1.665-1.704.
- "Animo de lucro y concepto de Sociedad", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Economica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1.991, pp. 729-753.
  - "Comentario al artículo 1", en PAU PEDRON,A (dir.) *Comentarios a la ley de agrupaciones de interés económico*, Madrid, 1.992.
  - *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1.993.
  - "La infracapitalización. Una aproximación contractual", *RdS*, nº.extr. de 1994, pp.253 ss. También en [ALONSO UREBA (coord.gral), ARTIGAS/GARCIA VILAVERDE (dirs.)], *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1.996, I, pp. 65-86.
  - "La Reforma del Registro Mercantil", *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, VI, Madrid, 1998, pp. 449 ss.
  - *La ley el mercado y la independencia del auditor*, Madrid, 1.993.
  - "Principio de eficiencia y Derecho Privado", en AA.VV., *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1.995, vol.III, pp.2.843-2900.
  - *Seguridad jurídica y sistema notarial (una aproximación económica)*Madrid, 1.994.

- "La aportación de uso en las sociedades de capital", en *RdS*, 1.995 n.º. extr.
- *El sistema notarial. Una aproximación económica*, Madrid, 1.995.
- "¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)", en *Tratando de la Sociedad Limitada*, PAZ-ARES (coord.), Madrid, 1.997, pp. 158 ss.

PENNEAU, J., *La responsabilité médicale*, Paris, 1.977.

PEÑAS MOYANO, M.J. *Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima*, *RdS Monografía*, n.7, Pamplona, 1996.

- *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1997.

PERDICES HUETOS, A., *Claúsulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1.997.

PEREZ COBOS ORIHUEL, H., *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1.990.

PEREZ SANZ, "Las prestaciones accesorias en las sociedades de Responsabilidad Limitada", en *Tratando de la Sociedad Limitada*, PAZ-ARES (coord.), Madrid, 1.997, pp. 393 ss.

PERULES BASSAS, J.J., "La constitución de sociedades profesionales y la fiscalidad", *H.P.E.*, 1.972, n.15, pp.73-88.

PETEL, Ph., *Le contrat de mandat*, Paris, 1.994.

PETELAUD, A., "La construction de la Communauté européenne et le Groupement européen d'intérêt économique", *Rev.Soc.*, 1986, pp.191-199.

PINASKY, T.P., "The emergence of law firms in american legal profession", *University of Arkansas at little Rock law journal*, 1986-87, vol.9, pp. 606 ss.

PISANI MASSAMORMILE, M., "L'avvocato imprenditore", en *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, vol.IV, Napoli, 1.968, pp. 1585-1595.

PITOFISKY, R., "New definitions of relevant market and the assault on antitrust", *Col.L.Rev.*, 1.990, vol.90, n.7, pp. 1.806-1864.

PLAUT, "Implicit contracts in the absence of enforcement: Note", *Am.Ec.Rev.*, 1.986, vol.76, pp. 257-258.

POCHINI FREDIANI, F., "L'intuitus personae nel contratto d'opera (con particolare riferimento alle professioni forense)", en *Le società di professionsiti*, Milano, 1.973, pp. 126 ss.

POLI, CH., "Les sociétés civiles professionnelles de médecins", en *Rev.soc.*, 1.977, n.2, pp.635-641.

POLO, E. *Los administradores y el Consejo de administración de la sociedad anónima*, en [URIA, R./MENENDEZ, A./OLIVENCIA, M. (dirs.)], *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, T.VI, Madrid, 1.992.

PORPETA CLERIGO, F., "Sustitución de poder", *AAMN*, 1.945, I, pp. 135-182.

PORTALE, G.P., *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, Milano, 1969.

- "Capitale sociale e conferimenti nelle società per azioni", *Riv.Soc.* 1.970, pp. 33 ss.

PORTELLANO, P., *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Madrid, 1.995.

- *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1.996.

POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, 4ª ed., Boston-Toronto, 1.992.

PROSER, W.L., "Il cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti", *Riv.dir.comm.*, 1.962, I, pp. 401-409.

- PUGLIA, M<sup>a</sup>. C., "Società di persone" , *Giur. comm.* 1990, I, pp. 884-924.
- PUIG BRUTARU, J. *Fundamentos de Derecho Civil*, T.II, vol.II, 2<sup>a</sup>ed., Barcelona, 1.982.
- PUTTERMAN, L., en PUTTERMAN (ed.), *la naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1994, pp. 11-44.
- QUINTIN J./HOPSON,D,Jr., *Lawyers and their work. An analysis of the legal profession in the United States and England*, 1.967.
- RABE, H.J, "Auf dem Wege zum neuen anwaltlichen Berufsrecht", *NJW*, 1.989, pp. 1113-1119.
- RAFFRAY, M., "Les professions liberales et la Taxe sur la valeur ajoutée", *J.C.P.*, 1.975, 2674.
- RAGUSA MAGGIORE,G.: "La società tra notari nell'attuale ordinamento giuridico", *Dir.fall.*, 1.975, pp.334-341.
- REA, S.A.Jr., "The Economics of Insurance Law", *Int.Rev.Law & Econ.*, 1.993, vol.13, pp. 145-162.
- REALMONTE, F., "Associazione in partecipazione e obbligo di collazione", *Riv.soc.*, 1.961, pp. 514-521.
- REBOLLEDO VARELA, A.L., "Algunos aspectos del contrato de arquitecto. Los honorarios.", *RDP*, 1.985, pp.923 ss.
- RECALDE CASTELLS, A., "Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil", *La Ley*, 2-3-1.993, pp. 104 ss.
- REED, "Income Determination & Distribution", *Legal Econ.*, 1.979, vol.5, pp. 12 ss.
- REICHEL, K., "Ärztliche Gruppenpraxis, Gemeinschaftspraxis und Praxisgemeinschaft", *ÄM*, 1.962, pp. 1096 ss.
- RESCIGNO, M., *La società fra professionisti*, Milano, 1.985.



REYNAUD, CH., "Prospectives", en *L'exercice en groupe des professions libérales*, Montpellier, 1.974, pp.207-215.

RHODE, "Policy the professional Monopoly: A constitutional and empirical analysis of unauthorized practice prohibitions", en *Stan.L. Rev.*, 1.981, vol.34, pp.1 ss.  
-"Ethical perspectives on legal practice", *Stan.L.Rev.*, 1985, vol.37, pp. 589-628.

RIBSTEIN, L.E., "A theoretical analysis od professional partnership goodwill" *Nebraska L.R.*, 1.991, vol.70, pp.40 ss.  
-"The Deregulation of Limited Liability and the death of Partnership", *Wash.U.Law Quartely*, 1.992, vol.70, pp.417-475.  
-"Statutory forms for closely held firms: theories and evidence from LLC", *Wash.U.Law Quartely*, 1.995, vol.73, n.2, pp. 369-433, esp.pp.373-380  
-"Linking Statutory Forms, *Law and Contemporary Problems*, 1.995, vol.58, n.2, pp. 187-220.  
-"Ethical Rules, Agency Cost and Law Firm Structure", *WPS*, 60, 1.996, pp. 1 ss.  
-*Partnership*, en BROMBERG/RIBSTEIN on Partnership, Boston-Toronto,S/F.

RICHARD, J. "La société civile cooperative de médecins", en *J.C.P.*, 1.966, 1999.  
-L'application de la loi du 4 janvier aux societes civiles professionnelles. *J.C.P.*, 1.979, Ed.C.I. chr.7585.

RIGO, J., *El Secreto profesional de Abogados y Procuradores en España*, Barcelona, 1.988.

RITTNER, F., *Unternehmen und freier Beruf als Rechtsbegriffe*, Tübingen, 1.962.

RIVOLTA, G.C., *La partecipazione sociale*, Milano, 1.965.

ROCA TRIAS, M.E, "Naturaleza de la relación entre el arquitecto y los clientes. Responsabilidad extracontractual de los arquitectos", *RDP*, 1.976, pp.783-797.

- RODRIGUEZ PIÑERO, M. "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo", *Revista de Política Social*, 1.966, n.71, pp.147-168.
- ROMAGNOLI, U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1.967.
- ROMANO PAVONI, G., "Il farmacista é anche imprenditore commerciale", *Riv.dir.comm.*, 1952,II, pp.220-228.  
-*Teoria delle società*, Milano, 1.953.
- ROSAPEPE, R., "Società di ingegneria e società di professionisti", en *Riv.not.*, 1.980, pp. 1329-1.335.  
-"Soc. in ingegneria - Ammissibilità", *Giur.comm.*, 1981,II,pp 290-300.
- ROSEN, "Implicit contracts and unemployment equilibria", *J.Pol.Econ.*, 1.975, vol.83, pp. 1183 ss.
- ROSEN, R.E., "The inside counsel movement, professional judgment and organizational representation", *Indiana Law Journal*, 1989, vol. 64, p.479-554.
- ROTH, G., "Die kleine Erwerbgesellschaft zwischenbürgerlichem Recht und Handelrecht", *ZHR*, 1.991, pp. 24-51.
- ROTHSCHILD/STIGLITZ, "Equilibrium in Competitive Insurance markets: an essay on the economics of imperfect information", *Quarterly J.Econ.*, 1.976, vol.90, p. 629.
- SACRISTAN REPRESA, M., "La Agrupación europea de interés económico (Antecedentes y caracterización)", en [ALONSO UREBA, A/ CHICO, J.M/ LUCAS FERNANDEZ (coords.)], *La reforma del derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1.987, pp. 811 ss.  
-"Las prestaciones accesorias", en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, [RODRIGUEZ ARTIGAS/GARCIA VILLAVERDE/FERNANDEZ DE LA GANDARA/ALONSO UREBA/VELASCO SAN PEDRO/ESTEBAN VELASCO (coord.)] I, Madrid, 1996, pp. 363 ss

SAINT-ALARY, R., "Sociétés coopératives et sociétés civiles professionnelles", *Rev.trim.de droit comm.*, 1.967, pp. 192 ss.

SALA FRANCO, en AAVV, *Derecho del Trabajo*, Valencia, 10ªed., 1.996.

SALGER, H.CH., "Die Entstehung der Partnerschaft", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 32.

-“Verhaltenspflichten und Mitwirkungsrechte der Partner”, en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 35.

-“Vermögensrechtliche Innenbeziehungen der Partner”, en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 36.

-“Auflösung, Ausscheiden, Ausschluss, Vererbung, Abfindung”, en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 38.

SAMUELSON, S. "The organizational structure of law firms: lessons from management theory", en *Ohio State Law Journal*, 1.990, vol.51, pp. 645-673.

SAMUELSON,S.S./FAHEY,L., "Strategic planning for law firms: the application of management theory", en *University of Pittsburgh law review*, 1.991, vol.52, pp. 461 ss.

SANCHEZ CALERO,F., *La determinación y distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1.955.

-*Instituciones de Derecho Mercantil*, 20ª ed., Madrid, 1.997.

-*Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial* (dirigidos por MOTOS.M/ALBALADEJO,M.), T.XXIV, *Ley de Contrato de Seguro* vol.2., comentado por SANCHEZ CALERO,F./TIRADO SUAREZ,F.J., Madrid, 1.985.

SANTONASTASO, F.: "Società tra professionisti: temi e prospettive per una indagine", *Riv.soc.*, 1974, pp. 993-1031.

-“La società tra professionisti al vaglio della corte costituzionale”, *Giur.comm.* 1974, II, pp. 443-449.

- "Società tra professionisti e società di progettazione industriale", *Giur.comm.*, 1976, II, pp. 143-153.

SANTORO-PASSARELLI, F., Voz "Professioni intellettuali", *Noviss.Dig.It.*, XIV, Torino, 1968, pp. 23-28.

SANTOS BRIZ, J., "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", *RDP*, 1972, T.LVI, pp.379-419.

- "La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español", *RDP*, 1984, p. 643-681.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIV, Madrid, 1984, (cit.*Com.Edersa*).

- *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 3ªed., Madrid, 1981.

SANTOURENS, B., "Les sociétés d'exercice libéral", *Rev.soc.*, 1991, pp.707 ss.

SAVATIER, J., *La profession libérale. Etude juridique et pratique*, París, 1947.

- "Qu'est-ce qu'une profession libérale" *Rev.Proyect*, 1966, pp.453 ss.

- "Sociétés civiles professionnelles", *Repertoire des sociétés*, T.IV, Dalloz, 1993, pp.1 ss

SAVATIER, R., "L'origine et le développement du Droit des professions libérales", *Archives de Philosophie du droit*, 1953-1954, pp. 45-74.

SCAEVOLA/CASTAN, *Código civil*, XXV, Madrid, 1933.

SCAMELL, E.H., *Lindley on the Law of Partnership*, 13ª ed., London, 1971

SCOTTI CAMUZZI, S., "Liceità delle società di consulenza", *Riv.soc.*, 1969, pp.62-72.

- *Impresa e società nell'esercizio delle professioni intellettuali*, Milano, 1974.

SCHÄFER H.B./OTT, C., *Manual de análisis económico del derecho civil*, Madrid, 1986.

SCHIANO DI PEPE, G., "Spunti per una riflessione in tema di società tra professionisti", *Riv.not.*, 1976, II, pp.965-977.

-*Le società di professionisti*, Milano, 1.977.

-"Professioni liberali e società: soluzioni e prospettive", *Giur.Comm.* 1978,II pp.243-253.

-"La società di professionisti", en RESCIGNO,P. (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 1.991, pp. 633-652.

SCHLESINGER, P., en "Problema di riforma della disciplina positiva nella prestazione d'opera intellettuale", *La società di professionisti*, Milano 1973, pp. 87-98.

SCHMIDT,K., "Der Partnerschaftsgesetzentwurf: Chance für eine Reform der GesbR", *JBl*, 1.988, pp. 745 ss.

-"Die kreditfunktion der stillen Einlage", *ZHR* 140 1.976, pp. 475 ss.

-"Die Vertragsparteien bei der stillen Beteiligung", *DB*, 1.976, p. 1705 ss.

-"*Handelsrecht*, 2ª ed., Köln, 1.982, (hay ed. de 1984).

-"*Gesellschaftsrecht*, 2ªed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1991 (hay 3ªed., de 1997)

-"Partnerschaftsgesetzgebung zwischen Berufsrecht, Schuldrecht und Gesellschaftsrecht", *ZIP*, 1.993, pp. 633-652.

-"Die Freiberufliche Partnerschaft", *NJW*, 1.995, pp. 1-7.

SCHNEIDER, N, "Incorporated lawyers-the viels rises and falls", *Cincinnati law review*, 1.987, vol.55, 1987, pp. 785 ss.

SCHUMANN, E., "Die Befreiung der Rechtsanwaltschaft von orbigkeitlichen Scranken", *NJW*, 1.990, pp. 2089-2152.

SEIBERT, U., *Die Partnerschaft. Eine neue Gesellschaftsform für die Freien Berufe*, Köln, 1.994.

SEIBERT, U., "Einführung: Entwicklung, Begriff und Bedeutung der Partnerschaft", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 30.

-"Die Partnerschaft im System des Gesellschafts- und Steuerrechts", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 31.

- "Der persönliche Anwendungsbereich", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 33.
- "Interprofessionelle Zusammenschlüsse", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I,München, 1995, § 34.
- "Die Haftungsregelungen der Partnerschaftsgesellschaft", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I, München, 1995, § 37.
- "Umwandlung", en [RIEGGER,B./WEIPERT,L. (dirs.)], *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, I, München, 1995, § 39.

SERRA, MALLOL A.J., *El contrato de cuentas en participación y otras formas societarias mercantiles*, Madrid, 1.991.

SHAPIRO, C., "Premius for High Quality Products as Returns to Reputations", *Quartely J.Econ.*, 1.983, vol.98, pp. 659-679.

SIMONETTO, E., "L'apporto nel contratto di società", en *Riv.dir.civ.*, 1.958, I, pp. 1-68.

- *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1.959.

- "La seconda direttiva comunitaria in materia di s.p.a. e la società cooperativa", *Riv.soc.*, 1.978, pp.169-177.

SMITH, A., "La riqueza de las Naciones", en L.PUTTERMAN (ed.), *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1.994, pp. 47-58.

SÖLLNER, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, II, München, 1.997.

SOTILLO MARTI, A., "El contenido de las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada", *RDM*, 1.975, pp. 91 ss.

SOTOMAYOR, J.M. "Introducción a la responsabilidad civil profesional", *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1.979,pp.133-155.

SOUVIRON MORENILLA, *La configuración jurídica de las profesiones tituladas*, Madrid, 1.988.

SPADA, P., "Tipicità della società e società e associazioni "atipiche fra professionisti (art.5, lett.c,d.p.r.1973 n.597) " *Giur.comm.* 1977,I, pp.117-125.

-*La tipicità delle società*, Padova, 1.974.

-"La tipologia delle società tra volontà e nomenclatura", in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1.991, pp. 911 ss.

-"Dalla nozione al tipo della società per azioni", *Riv.dir.civ.*, 1.985, I, pp. 95 ss.

STAGNO D'ALCONTRES, A., "Professioni intellettuali "protette" ed associazione in partecipazione", *Riv.dir.comm.*, 1.988,II, pp.18-28.

STOLFI, C., "Struttura e natura giuridica della società di professionisti", in *Riv.dir.comm.*, 1.975, pp.95-139.

STORK, J.P., "La continuation d'une société par l'élimination d'un associé", *Rev.soc.*, 1.982, pp.233-262.

STRUPPA, G, "Ossevazioni sulla struttura delle società di professionisti", in *Le società di professionisti*, Milano, 1.973, pp.302-319

-"Società di professionisti a responsabilità limitata", in *La società di professionisti*, Milano, 1.973, pp. 145-148.

SUAREZ LLANOS, L. "Prohibiciones de concurrencia", *Estudios jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Madrid, 1.971, I, pp. 413-429.

SUBIRATS, M., *El empleo de los licenciados*, Barcelona, 1.981.

SUDHOFF, H., *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, München, 1.978.

SWENNEN, H., "The Medical Profession in Belgium", in FAURE M./FINSIGER J./IEGERS J.S./VAN DEN BERGH, R. (eds.), *Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993, pp. 125-147.

TANG THI THANH TRAI LE, "Professional independence and the associate in a law firm: a french case study", *The american journal of comparative law*, 1981, vol.XXIX, p. 647-670.

TAUPITZ, J., *Die Standesordnungen der freien Berufe*, Berlin/New York, 1.991.

TEECE, D., "Economies of Scope and the scope of the Enterprise", *J.Econ.Behav.& Organization*, 1.980, vol.3, pp. 223 ss.

- "Towards an Economic Theory of the Multiproduct Firm", *J.Econ.Behav.& Organization*, 1.982, vol.3, pp. 39 ss (hay versión castellana en el libro de L.PUTTERMAN, *La naturaleza económica de la empresa*, Madrid, 1.994, pp. 311-332).

TERRE, F., "La revision de la loi sur les societes civiles professionnelles. (comentaire de la loi n°.72-1151 du 23 décembre 1.972), *J.C.P.* 1.973, I, ref. 2554.

- "Les sociétés civiles professionnelles (comentaire de la loi du 29 novembre 1.966)", en *J.C.P.*, 1.967, I, ref.2103.

- "Sociétés civiles professionnelles de notaires. Generalites". *J.C.P.* ed.N., 1.970, fasc.191-15.

- "Sociétés civiles professionnelles de notaires. Societes titulaires d' un office. Constitution". *J.C.P.* ed.N., 1.970, fasc.191-16

- "Sociétés civiles professionnelles de notaires. Societes titulaires d'un office. Fonctionnement". *J.C.P.* ed.N., 1.970, fasc.191-17.

- "Sociétés civiles professionnelles de notaires. Societes titulaires d'un office. Duree". *J.C.P.* ed.N., 1.970, fasc.191-18.

- "Sociétés civiles professionnelles de notaires. Societes titulaires d'un office. Sommaire". *J.C.P.* ed.N., 1.970, fasc.191-19.

- L'exercice en commun de la profession de notaire: societes titulaires d'un office notarial. (Commentaire du decret n.67.868 du 2 octobre 1.967) *J.C.P.*, 1.970, ref. 2302.

TOLIVAR ALAS, L., "La configuración constitucional del derecho a la libre lección de profesión u oficio", en *Estudios sobre Constitución, Homenaje al profesor Eduardo Garcia de Enterría*, II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, 1.991, pp.1337-1372.

TORRALBA SORIANO, O.V., "La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de la obligación", en *ADC*, 1.971, pp. 1143 ss.

- "Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T.II, *Sociedades Mercantiles*, Madrid, 1996, pp. 2589-2607.



- ULMER, *Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, (edición separada de los comentarios a los §§ 705-740 BGB del *Münchener-Kommentar*), 2ª ed., München, 1.986.  
-en H.STAUB, *Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, 4 ed., Berlin-New York, 1.989.
- URIA,R., "Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española", *RDM*, abril-junio 1956,p.329-330.
- VACCA, C., *Professionisti e società di servizi*, Milano, 1.990.
- VAN CAMELBEKE, "Repartition des responsabilités envers le malade de médecins associés", *Revue du Practicien*, 1.969, n.26, pp. 1 y ss.
- VAN DEN BERGH, R., "Self-Regulation in the Medical and Legal Professions and the European Internal Market in Progress, en FAURE M./FINSIGER J./IEGERS J.S/ VAN DEN BERGH, R. (eds.),*Regulation of professions*, Antwerpen, 1.993, pp. 21-46.
- VAN DEN BERGH,R./FAURE, M., "Self-regulation of the professions in Belgium", *Int.Rev.L & Econ.*, 1.981, vol.11, p.165 ss.
- VERGEZ SANCHEZ, M., *El socio industrial* Madrid, 1972.
- VIATE, J., "Le droit au bail et les sociétés civiles professionnelles", *Revue des Loyers*, 1.967, pp.151 ss.
- VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de derecho mercantil*, I-1, 3ª ed., Barcelona 1.991.  
-*Compendio crítico de derecho mercantil*, I-2, 3ªed., Barcelona, 1.991.  
-"La fijación de tarifas de honorarios por los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia", *RGD*, 1.991, pp.1535-1557.  
-Nota a la "Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993", *RGD*, dic.1993, pp.11972-11976.  
-*Introducción al derecho mercantil*, 9ª ed., Valencia, 1.996.
- VIER DOUVRELEUR, "Quelques remarques sur les sociétés d'exercice libéral", *Gaz.Pal.*, 1.991, 2º semestre, pp. 679-682 .

- VILLAR PALASI, J.L./VILLAR EZCURRA, J.L., "La libertad constitucional del ejercicio profesional", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a E. García de Enterría*, II, Madrid, 1.991, pp.1373-1413.
- VON STAUDINGERS, J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12ª ed., Berlin 1.980.
- WALET, P., "Le sort des engagements pris au cours de la période constitutive des sociétés civiles professionnelles", *Bull. Joly*, 1.979, n.2.
- WATELET, P. "La responsabilité des avocats", en el libro colectivo STORRER/O.DALCQ/BOURSEAU/WATELET/DIERKENS/FLAME/FAGNART/VAN DER MEERSCH, *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Bruselas, 1.975, pp. 123-155.
- WESTERMANN, H.P., *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlin/Heidelberg/New York. 1-970.
- WIELAND, A., *Handelsrecht*, I, Leipzig-Berlin, 1.921.
- WIGGINS, S.N./LANE, W.J., "Quality Uncertainty, Search, and Advertising", *Am.Econ.Rev.*, 1.983, vol.73, pp.881 ss.
- WILLIAMSON, O.E., "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations", *J.L. & Econ.*, 1979, vol.22, pp.233-261.  
-"Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange", *Am.Econ.Rev.*, 1.983, vol.73, pp. 519-540.
- WILLMER, K., "Rechtsanwaltsgesellschaft in Dänemark", *AnwBL*, 1.990, 457.
- WINTERS, K.P., "Die Anwaltschaft unter Modernisierungszwang und Expansionsdruck", *NJW*, 1.988, pp. 521 ss.
- WÜRDINGER, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2ª ed., I, Berlin, 1.953.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1.989.

- "La responsabilidad de los profesionales liberales en el ejercicio de grupo", en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1.993, pp.463-508.

ZARAGOZA A., *Los abogados y la sociedad industrial*, Madrid, 1982.

ZERBE R./URBAN, N., "Including the Public Interest in Theories of Regulation", *Research in Law and Economics*, 1.988, pp.4-5.

ZÖLLNER, W., *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, München 1963.

ZUCK, R., "Die Europäische Wirtschaftliche Interessenveriningung als Instrument anwaltlicher Zusammenarbeit", *NJW* 1.990, pp. 954 ss.



## **ANEXO**

### **COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN SECCIÓN SEGUNDA DE DERECHO MERCANTIL**

#### **PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES**

#### **EXPOSICION DE MOTIVOS**

I. No es necesario encarecer la extraordinaria importancia que tiene el sector de los servicios profesionales en la economía moderna y la creciente difusión, escala y complejidad que han ido adquiriendo las organizaciones colectivas que operan dentro de él. Hasta tal punto es así que probablemente no resulta aventurado afirmar que la característica más acusada de la evolución que registra el sector en la hora actual reside precisamente en la tendencia a organizar el ejercicio profesional por medio de sociedades. Una tendencia - conviene advertirlo- que contrasta con la escasa receptividad que tradicionalmente ha encontrado el fenómeno en el mundo jurídico. El recelo con que a menudo se han contemplado las sociedades profesionales por parte de la doctrina y de los aplicadores del derecho de sociedades y la poca atención que les ha dispensado el legislador a lo largo de todos estos años de profunda transformación del sector son circunstancias que, en efecto, no dejan de causar alguna extrañeza. La Ley de Sociedades Profesionales que ahora se promulga trata de paliar esta situación mediante el establecimiento de una disciplina general de las sociedades profesionales que facilite y, al propio

tiempo, encauce el desarrollo de esta franja tan dinámica de nuestro sistema social y económico.

**II.** Tres son los objetivos fundamentales que se han tenido presentes a la hora de redactar la nueva Ley. El primero ha sido crear certidumbre sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional. Es sabido que el ejercicio en común de las profesiones liberales ha sido motivo de frecuentes controversias jurídicas y corporativas, y la primera cuestión que aun distaba mucho de estar pacíficamente resuelta era la relativa a la propia admisibilidad y viabilidad jurídica de las sociedades profesionales *stricto sensu* (a no confundir con las "sociedades de profesionales", cuya finalidad es simplemente la de proveer y gestionar en común los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión). La nueva Ley se propone despejar ésta y muchas otras incógnitas consagrando expresamente la posibilidad de constituir sociedades externas para el ejercicio de las profesiones liberales y de imputarles la actividad profesional realizada por su cuenta (arts. 1 y 4), y ofreciendo soluciones acomodadas a las expectativas típicas de quienes se asocian para la prestación de servicios profesionales. Resultan ilustrativas en este sentido las normas que regulan la distribución del resultado (art. 9), la muerte, separación y exclusión de socios (arts. 11-14) o la cláusula arbitral (art. 16), que vienen a satisfacer necesidades ampliamente sentidas en este sector del tráfico. La formulación de la disciplina legal ha pretendido al propio tiempo no perder de vista los principios generales de nuestro derecho de sociedades. Una de las preocupaciones esenciales que han movido al legislador ha sido, en efecto, la de trabar la regulación de las sociedades profesionales en el sistema general del derecho de sociedades en que viene a insertarse (v. art. 1.3). De este modo será posible cumplir simultáneamente dos objetivos de la máxima importancia: facilitar la recepción de la nueva normativa en nuestra experiencia jurídica y aprovechar

el acervo doctrinal y jurisprudencias existente para su desarrollo e integración.

III. Otro objetivo en el que se ha puesto especial énfasis a la hora de formular la disciplina legal ha sido el de garantizar al máximo la flexibilidad organizativa de las sociedades profesionales, removiendo los obstáculos y restricciones jurídicas que hasta el momento podían menoscabar o retardar la competitividad del sector. Había que "liberalizar la estructura del negocio", según la elocuente expresión acuñada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en su *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones liberales* (Madrid 1.996), y así se ha hecho. Para el logro de esta finalidad se han extendido al máximo las posibilidades de elección poniendo a disposición de los interesados la totalidad de los tipos sociales que conoce nuestro ordenamiento (art. 1.2) y se han reconocido dentro de cada tipo social amplios poderes de configuración a la autonomía privada. El reforzamiento de la libertad contractual se advierte sobre todo en relación a las formas de las sociedades de capitales, que experimentan un notable proceso de adaptación y desregulación. Hay que mencionar aquí el artículo 15, que flexibiliza algunos aspectos esenciales de la regulación general recogida en las Leyes de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, pero también la mayor parte de los preceptos generales de la Ley, que indirectamente introducen en esos tipos sociales muchas reglas dispositivas que históricamente se han fraguado en el ámbito de las sociedades personalistas.

IV. El último objetivo que ha inspirado la elaboración de la nueva normativa ha sido el de asegurar la conexión de las sociedades profesionales con sus correspondientes ordenamientos corporativos. A pesar de los notables esfuerzos desplegados por los distintos Colegios Profesionales para someter a la disciplina deontológica el ejercicio de la profesión por medio de

sociedades, la experiencia muestra que no siempre ha sido posible - obtener los resultados deseados. La Ley ha procurado salvar este desfase arbitrando la integración directa de las sociedades profesionales en la órbita de los Colegios Profesionales - sobresale en este aspecto la creación del Registro Profesional (art. 7)- y previendo diversos instrumentos de garantía para que la práctica profesional de las sociedades no quede hurtada a las exigencias que se desprenden de las normas y principios deontológicos propios de cada profesión. En este último plano son especialmente reveladores la regulación del contenido de la aportación de industria de los socios profesionales (art. 8) y el establecimiento, al lado de la responsabilidad societaria, de la responsabilidad personal de los profesionales que hayan intervenido en la prestación del servicio profesional (art. 10).

## **LEY DE SOCIEDADES PROFESIONALES**

### **Artículo 1.- Definición de las sociedades profesionales.**

1. Las sociedades profesionales son sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de actividades profesionales.

A los efectos de la presente Ley se entiende por actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria e inscripción en el correspondiente Colegio profesional.



2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las Leyes.

3. Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.

#### **Artículo 2.- Exclusividad del objeto.**

1. Las sociedades profesionales únicamente podrán tener por objeto el ejercicio de actividades profesionales.

2. Las sociedades profesionales podrán ejercitar las actividades propias de una o de varias profesiones, pero en este último caso será preciso que el desempeño conjunto de las diversas profesiones no resulte incompatible con arreglo a sus respectivas regulaciones.

#### **Artículo 3.- Composición.**

1. La mayoría del capital y de los derechos de voto de las sociedades profesionales habrán de pertenecer a personas habilitadas para el ejercicio de la profesión.

2. Igualmente habrán de ser profesionales habilitados la mayoría de los miembros de los órganos colegiados de administración. Si el órgano de administración fuese unipersonal necesariamente habrá de ser desempeñado por un socio profesional.

#### **Artículo 4.- Ejercicio e imputación de la actividad.**

1. La sociedad profesional solamente podrá ejercitar la actividad prevista en su objeto social a través de personas específicamente habilitadas para el ejercicio de la correspondiente profesión.

2. Los derechos y obligaciones derivados de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 10.

#### **Artículo 5.- Denominación social.**

1. La sociedad profesional podrá tener una denominación objetiva o subjetiva.

2. Cuando la denominación sea subjetiva se formará con el nombre de todos, de varios o de algunos de los socios profesionales.

Salvo pacto en contrario, las personas que hubieren perdido la condición de socio y sus herederos podrán exigir la supresión de su nombre de la denominación social.

El mantenimiento en la denominación social del nombre de quién hubiera dejado de ser socio colectivo, no implicará su responsabilidad por las deudas contraídas con posterioridad a la fecha en que haya causado baja en la sociedad.

3. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de la forma social de que se trate, la expresión "profesional". Ambas indicaciones podrán incluirse desarrolladas o abreviadas.

#### **Artículo 6.- Formalización del contrato.**

1. El contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública.

2. La escritura recogerá las menciones y requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada y, además, reflejará las circunstancias relativas a la condición profesional de cada socio.

#### **Artículo 7.- Inscripción en el Registro Profesional.**

1. Las sociedades profesionales deberán inscribirse en el Registro Profesional que corresponda por razón de su domicilio.

Cualquier cambio de socios y cualquier modificación del contrato social serán igualmente objeto de inscripción en el Registro Profesional.

2. El Registro Profesional verificará exclusivamente si la sociedad o el acto inscribible de que se trate se adecua a las exigencias de la disciplina profesional.

3. La sociedad no podrá comenzar el desarrollo de la actividad prevista en su objeto si previamente no ha obtenido la correspondiente inscripción en el Registro Profesional.

4. Una vez inscrita en el Registro Profesional y cuando corresponda por razón de la forma adoptada, la sociedad profesional se inscribirá en el Registro Mercantil. El Registrador Mercantil comunicará de oficio al Registro Profesional la práctica de la inscripción.

#### **Artículo 8.- Aportación de los socios.**

1. Los socios prestarán la actividad profesional a que se hubieren obligado de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión y, en particular, con los de independencia y responsabilidad personal.

En ningún caso será obstáculo el ejercicio de la profesión a través de sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional.

2. Salvo disposición contraria del contrato social, se entenderá que la aportación de actividad de los socios profesionales se concierta con carácter exclusivo y que no da derecho a otras retribuciones que las previstas en el artículo 9.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación cuando la aportación de servicios profesionales se instrumente a través de prestaciones accesorias.

#### **Artículo 9.- Participación en beneficios y pérdidas.**

1. El contrato social determinará el régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad. A falta de disposición contractual, los beneficios se distribuirán y, en su caso, las pérdidas se imputarán en proporción a la participación de cada socio en el capital social.

2. Si los socios pretenden reservar una fracción del beneficio para su distribución por la junta o asamblea con arreglo a la contribución efectuada por cada uno de ellos a la buena marcha de la sociedad, el contrato social deberá determinar dicha fracción, especificar con suficiente objetividad los criterios generales de realización del reparto y establecer la mayoría necesaria para la adopción del correspondiente acuerdo, que nunca podrá ser inferior a la mayoría del capital y que, en todo caso, deberá contar con la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.

3. Las previsiones contenidas en el apartado anterior serán asimismo de aplicación al reparto de aquella fracción del beneficio que eventualmente pueda reservarse en las sociedades de capital para la retribución de las prestaciones accesorias.

#### **Artículo 10.- Responsabilidad de la sociedad profesional y de los profesionales.**

1. Por las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada.

2. Por las deudas que tengan su origen en el desarrollo de la actividad profesional responderán además los profesionales que hayan actuado,

siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o, en su caso, extracontractual.

3. La responsabilidad de la sociedad y la responsabilidad del profesional actuante son solidarias.

#### **Artículo 11.- Separación de socios.**

1. Los socios de la sociedad profesional constituida por tiempo indeterminado podrán separarse de la sociedad en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe.

La separación será eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.

2. Si la sociedad se ha constituido por tiempo determinado, los socios sólo podrán separarse en los supuestos previstos en el contrato social o cuando concurra justa causa.

3. La separación no liberará al socio de la responsabilidad que pudiera serle exigida de conformidad con el artículo anterior.

#### **Artículo 12.- Exclusión de socios.**

1. El socio que infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad, que perturbe con su comportamiento el buen funcionamiento de la misma o en el que concurran otras circunstancias que hagan igualmente inexigible para los demás la continuación de la colaboración con él, podrá ser excluido de la sociedad. En particular, el socio profesional podrá ser excluido cuando sufra una incapacidad permanente o haya sido inhabilitado para el ejercicio de la profesión. El contrato social podrá recoger otras causas de exclusión.

2. Fuera de los casos de exclusión automática prevista en la Ley o en el contrato social, la exclusión requerirá acuerdo de la junta o asamblea de socios. El acuerdo deberá estar motivado y será eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado.

La exclusión del socio que posea una participación en el capital igual o superior al veinticinco por ciento requerirá además de una resolución judicial firme. Entretanto no recaiga ésta, los derechos del socio quedarán en suspenso, salvo que el Juez, a instancia del interesado y en vista de las circunstancias del caso, decida el levantamiento cautelar de la suspensión.

### **Artículo 13.- Transmisiones mortis causa y forzosa.**

1. Salvo disposición contraria del contrato social, en caso de muerte del socio profesional, sus participaciones no se transmitirán a sus sucesores, a los que se abonará la cuota de liquidación que corresponda.

2. Lo dispuesto para la transmisión mortis causa será también de aplicación a la transmisión forzosa entre vivos.

#### **Artículo 14.- Reembolso de la cuota de liquidación.**

1. El contrato social podrá establecer libremente criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación del socio fallecido, separado o excluido. A falta de disposición en contrario, el valor de la cuota de liquidación se determinará por referencia al valor del patrimonio - neto contable.

2. Las participaciones del socio fallecido, excluido o separado serán amortizadas. No obstante, la amortización podrá sustituirse por la transmisión de las participaciones a otros socios, a la propia sociedad o a un tercero, siempre que ello resulte admisible de conformidad con las normas legales o contractuales aplicables a la sociedad.

#### **Artículo 15.- Normas especiales para las sociedades de capitales.**

1. En el caso de que la sociedad profesional se constituya con arreglo a la forma de sociedad de responsabilidad limitada se entenderá, salvo pacto en contrario, que:

a) Las participaciones de los socios profesionales son intransmisibles. La intransmisibilidad implica también la imposibilidad de adjudicar las participaciones al cónyuge en el supuesto de liquidación de la sociedad de gananciales.

No obstante, las participaciones podrán transmitirse en los supuestos contemplados en el artículo 14 y en aquellos otros en que todos los socios consientan la transmisión.



**b)** Los socios no gozan del derecho de preferencia en los aumentos de capital que sirvan de cauce a la promoción profesional, sea éste para incorporar a un profesional a la condición de socio profesional o para incrementar la participación en la sociedad de quien ya goza de esta condición.

**c)** En relación a los aumentos de capital previstos en el párrafo anterior, la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones por el valor que estime conveniente, siempre y cuando sea igual o mayor al valor contable y, en todo caso, al valor nominal.

El abuso de la mayoría determinará la impugnabilidad del acuerdo por infracción del interés social.

**d)** En los casos contemplados en el apartado segundo del - artículo 14, la sociedad podrá adquirir sus propias participaciones siempre y cuando la adquisición haya sido autorizada por la junta general y se realice con cargo a beneficios distribuibles o reservas disponibles. Las participaciones propias que no fuesen enajenadas en el plazo de un año deberán ser amortizadas y, entretanto, les será aplicable al régimen previsto en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas.

**2.** Las normas contenidas en las letras a), b) y c) del apartado anterior también podrán adaptarse estatutariamente por las sociedades anónimas profesionales.

**3.** Las acciones y participaciones correspondientes a socios profesionales llevarán aparejada necesariamente la obligación de realizar prestaciones accesorias de contenido profesional.

## **Artículo 16.- Cláusula de arbitraje.**

1. Las controversias derivadas del contrato de sociedad que surjan entre socios, entre socios y administradores y entre cualesquiera de éstos y la sociedad, incluidas las relativas a la separación, exclusión y determinación de la cuota de liquidación, podrán ser sometidas a arbitraje.

2. Las impugnaciones de acuerdos sociales para los que estén legitimadas personas distintas de socios y administradores no podrán ser objeto de arbitraje.

## **Artículo 17.- Modificación del contrato.**

La introducción, alteración o supresión de cláusulas del contrato social que tengan por objeto la regulación de las causas de separación y exclusión, el cálculo de la cuota de liquidación y el sometimiento a arbitraje de las controversias derivadas del contrato de sociedad, requerirán el acuerdo de todos los socios. El resto- de las modificaciones contractuales se regirán por las normas que correspondan a la forma social adoptada.

## **Disposición adicional primera.- [Extensión del ámbito de aplicación].**

La presente Ley será de aplicación también a la actividad de auditoría de cuentas, en lo no previsto en su normativa especial. A los efectos de lo

dispuesto en esta Ley se considerará como Registro Profesional de las Sociedades de Auditoría el Registro Oficial de Auditores de Cuentas.

**Disposición adicional segunda.- [Denominaciones abreviadas].**

La denominación abreviada de las sociedades profesionales se formará con las siglas propias de la forma adoptada y la letra "p" correspondiente al calificativo "profesional".

**Disposición adicional tercera.- [Relaciones de carácter profesional].**

Las relaciones entre la sociedad y quienes ejerzan la profesión en su seno, sean socios o no, serán de carácter exclusivamente profesional y se regirán por las reglas del derecho civil o mercantil que correspondan. Quedan a salvo los supuestos en que las partes hayan sometido expresamente su relación a la legislación laboral.

**Disposición transitoria primera.- [Inscripción en el registro profesional].**

1. En el plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, los Colegios Profesionales y demás organizaciones corporativas deberán tener constituidos sus respectivos Registros de Sociedades Profesionales.

2. Las sociedades profesionales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley deberán solicitar su inscripción en el Registro

Profesional que les corresponda en el plazo máximo de quince meses a partir de la constitución del Registro. El incumplimiento de esta obligación o la denegación definitiva de la inscripción determinarán la inhabilitación automática de la sociedad y de sus socios para el ejercicio profesional. La inhabilitación cesará cuando, subsanados los defectos, se obtenga la inscripción o cuando formalmente se extinga la sociedad.

**Disposición transitoria segunda.- [Exenciones fiscales y reducciones arancelarias].**

1. Los actos y documentos legalmente necesarios para que las sociedades constituidas con arreglo a la legislación anterior se adapten a lo dispuesto en la presente Ley o se transformen en cualquiera de las formas sociales previstas para el ejercicio en común de una actividad profesional quedarán exentos de tributos y exacciones de todas clases.

2. Por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, se fijará una reducción en los derechos que los Notarios y los Registradores Mercantiles hayan de percibir como consecuencia de la aplicación de sus respectivos aranceles por los actos y documentos necesarios para la adaptación de las sociedades existentes a lo previsto en la presente Ley o para la transformación de una sociedad profesional en cualquiera de las formas sociales previstas para el ejercicio en común de una actividad profesional.

**Disposición derogatoria única.- [Cláusula derogatoria].**

Quedan derogados el apartado 2 del artículo 11 de la Ley 19/198 8, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas y cuantas normas se opongan a la presente Ley.

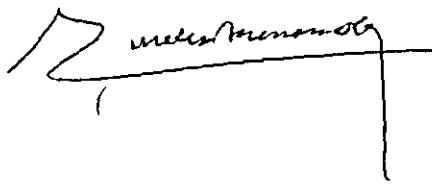
**Disposición final primera.- [Habilitaciones].**

Se autoriza al Gobierno para que, oídos los Colegios Profesionales, regule mediante Real Decreto el régimen de incompatibilidades y el ejercicio profesional dentro de las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de varias profesiones.

**Disposición final segunda.- [Facultades de desarrollo].**

Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias en desarrollo de la presente Ley.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE  
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS  
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~SOBRESALIENTE CUM LAUDO~~  
POR UNANIMIDAD  
MADRID 17 Diciembre 1998

 Juan Manuel

